

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

MATHEUS CORDEIRO CAMPOS DE SOUZA ALBUQUERQUE

**POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA FRENTE AO NOVO
ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 958252 E DA AÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO POR PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 324**

RECIFE
2019

MATHEUS CORDEIRO CAMPOS DE SOUZA ALBUQUERQUE

POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA FRENTE AO NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 958252 E DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO POR PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 324

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do Recife do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira

RECIFE
2019

MATHEUS CORDEIRO CAMPOS DE SOUZA ALBUQUERQUE

POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA FRENTE AO NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 958252 E DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO POR PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 324

Monografia defendida em ____ de _____ de 2019 como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador: Sergio Torres Teixeira

1º Examinador

2º Examinador

RECIFE
2019

A Deus e N^a Senhora de Fátima, aos meus pais e Rose, a Nathália e toda minha família e amigos. Obrigado por serem esteios fundamentais para o meu crescimento acadêmico e profissional.

RESUMO

Os vínculos trabalhistas foram passando, ao longo do tempo, por inúmeras transformações e adaptações às diversas realidades históricas. Nesse aspecto, a evolução do modo capitalista de produção e o seu atual estado global forçaram flexibilizações a essas relações. Nesse cenário flexibilizador, pode-se destacar a terceirização trabalhista. Do mesmo modo, muitas foram as alterações legais e jurisprudências pelas quais essa forma de trabalho passou ao longo do tempo no Brasil. Nessa esteira, em que pese as recentes decisões do STF na ADPF nº 324 e RE nº 958252, não se pode afirmar que há uma chancela legal para livre e ilimitada terceirização, havendo ainda a possibilidade de vínculo direito entre o terceirizado e a tomadora de serviço.

Palavras-chave: vínculo trabalhista; terceirização; flexibilização; ADPF nº 324 ; RE nº 958252.

ABSTRACT

Throughout time, labor relations have been transformed by innumerable transformations and adaptations to the various historical realities. In this respect, the evolution of the capitalist mode of production and its present global state forced restrictions on these relations. In this flexible scenario, one can highlight the outsourcing of labor. In the same way, many were the legal changes and jurisprudence that this form of work has passed over time in Brazil. In this wake, despite the recent decisions of the STF in ADPF nº 324 and RE nº 958252, it cannot be said that there is a legal seal for free and unlimited outsourcing, and there is the possibility of a right link between the outsourcer and the service taker.

Key-words: labor bond; outsourcing; flexibilization; ADPF nº 324; RE nº 958252.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES LABORAIS E DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA	10
1.1 Construção histórica da atual estrutura global de trabalho	10
1.1.1 Do surgimento e fortalecimento da burguesia às bases revolucionárias da modernidade	10
1.1.2 A Revolução Industrial: a difusão do modelo de produção inglês para o mundo	13
1.2 A evolução das relações trabalhistas no Brasil.....	19
1.2.1 Do final do século XIX à República Velha	20
1.2.2 Da Era Vargas à Redemocratização	22
1.2.3 Recentes flexibilizações na relação laboral pela legislação brasileira	25
2 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO	28
2.1 Gênese da terceirização no Brasil	28
2.2 Dos entendimentos sumulados pelo TST acerca da terceirização	30
2.3 Reforma trabalhista e suas principais alterações para terceirização no Brasil	36
3 O NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	40
3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e Recurso Extraordinário (RE) nº 958252: o novo posicionamento do STF em relação à terceirização da atividade-fim	40
3.2 A possibilidade de terceirização ilícita após o novo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal	44
CONCLUSÕES	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

As relações laborais são espelhos da realidade social vivida em cada momento histórico. Desse modo, é possível perceber que os vínculos laborais foram passando por inúmeras alterações e transformações ao longo do tempo, adaptando-se às novas necessidades impostas pela sociedade e adequando-se às estruturas sociais existentes.

Nesse contexto, formação e o fortalecimento da burguesia, bem como a solidificação da Revolução Industrial, na Inglaterra, foram essenciais para consolidação de um modelo de produção capitalista baseado na exploração da mão-de-obra, baseado na maximização dos lucros e redução extrema dos custos.

É justamente com o objetivo de aumentar os lucros que as formas de trabalho dentro da empresa vão passando por inúmeras alterações, inaugurando novas formas de relação entre empregado e empregador. Sendo assim, com a atual etapa globalizada do capitalismo, é que emana o fenômeno da terceirização.

A terceirização, portanto, uma maneira encontrada para o tomador de serviço otimizar a sua produção, e dedicar-se exclusivamente ao seu produto final enquanto a empresa interposta, prestadora de serviço, colocaria os seus trabalhadores para atuarem em outros serviços considerados de menor importância na cadeia produtiva.

Desse modo, muitas foram as legislações, no Brasil, que buscaram adaptar o regramento legal às novas modalidades de serviços vistas no cotidiano, sendo a mais marcante a lei nº 6.019/74, que dispunha sobre trabalho temporário nas empresas urbanas, criando um modelo terceirizante inicial.

Contudo, apenas em 1986 o Tribunal Superior do Trabalho edita a súmula de nº 256 acerca da terceirização, adotando, inicialmente, uma postura mais refratária às flexibilizações em larga escala, tratando as hipóteses de terceirização como exceções às relações laborais ordinárias.

Nada obstante, com o avanço das ideias disseminadas pelo Consenso de Washington, houve um grande crescimento de ondas flexibilizadoras e precarizantes da relações de trabalho. Outrossim, o crescimento desse tipo de trabalho acarretou

a edição da súmula 331 do TST, já em 1994, alargando mais as hipóteses de terceirização.

Sendo assim, com o crescimento recente de ondas neoliberais nos últimos governos brasileiros, surge a Reforma Trabalhista, marcada pelas leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, com fortes alterações nas relações laborais, atingindo assim, por decorrência, as formas terceirizadas de trabalho.

Seguindo esse entendimento flexibilizador, o Supremo Tribunal Federal realizar julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958252, fixando a tese de que seria possível a terceirização da atividade fim de uma empresa, superando o entendimento até então dominante da súmula 331 do TST.

É nesse cenário conturbado e precarizante das relações trabalhistas que o presente trabalho buscará compreender o que de fato foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como se seria possível a ocorrência de terceirizações ilícitas mesmo após a nova tese fixada pela corte suprema brasileira.

Por fim, no que concerne à metodologia, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, analisando legislações, artigos, revistas jurídicas e publicações disponibilizadas em sítios eletrônicos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES LABORAIS E DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

O presente capítulo busca analisar a evolução das relações laborais ao longo da história, compreendendo as bases que fundaram a atual estrutura trabalhista globalizada em que a terceirização está inserida.

1.1 Construção histórica da atual estrutura global de trabalho

Com fulcro de melhor explorar a vasta temática histórica da evolução do trabalho na sociedade, será realizado um corte epistemológico buscando analisar as alterações nas relações laborais a partir do século XVIII, quando ocorre a concentração das fontes de produção na classe burguesa e emana, na Europa, uma série de mudanças no sistema de produção, notadamente na Inglaterra, que caracterizaram a Revolução Industrial. Nesse sentido, destaco o entendimento do Professor Everaldo Gaspar, o qual evidencia a importância desse momento histórico para as relações trabalhistas, sendo uma verdadeira cisão com o modelo produtivo até então vivido:

Para as doutrinas modernas – marxistas ou não –, a sociedade pré-industrial não conhecia a diferença entre atividade de trabalho e demais atividades pertencentes à vida social. Foi justamente a noção burguesa que procurou estabelecer a oposição entre trabalho e não trabalho, ou ócio, bem como o trabalho separado da esfera doméstica.¹

1.1.1 Do surgimento e fortalecimento da burguesia às bases revolucionárias da modernidade

Inicialmente, faz-se *mister* compreender o cenário político-econômico da época para então compreender as raízes da Revolução Industrial bem como o surgimento e fortalecimento da burguesia, classe de grande relevância para esse momento histórico.

¹ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. Direito do Trabalho e Pós-modernidade – Fundamentos para uma Teoria Geral. São Paulo: Editora LTR, 2005, p. 36.

Prevalecia na Europa Medieval o sistema feudal de produção, sendo um modo de organização social e política fundado nas relações de serventia e vassalagem. Em apertada síntese, a sociedade medieval era dividida em estamentos, isto é, camadas sociais rígidas em que não era possível haver uma mobilidade entre elas, podendo-se destacar três estamentos basilares: nobreza, clero e servos.²

Nada obstante, em que pese o rei compor a camada de maior importância social, esse gozava de pouco poder político, considerando o fato das terras-expressão de poder econômico à época- estarem, majoritariamente, nas mãos dos senhores feudais e do clero. Desse modo, era possível observar um monarca no topo dos estamentos sociais, mas com baixa ingerência e força de controle social. Ademais, no que tange à estrutura econômica da época, é possível perceber a predominância de atividades agrícolas, ligadas ao cultivo e pastoreio de baixo desenvolvimento.

Nesse cenário predominantemente agrícola e servil ocorre o renascimento comercial, havendo uma mudança da atividade basilar da economia medieval, passando a fundar-se no comércio, notadamente fomentado pelas grandes feiras da época. É com esse novo arranjo social que emana um novo grupo social de grande importância para as alterações seguintes nas relações laborais: a burguesia.

Com a ascensão do comércio na sociedade medieval, a estrutura estamental rígida da Idade Média vai progressivamente perdendo força e estabelecendo-se com base em classes sociais e dando maior destaque ao comércio. Nesse sentido, muitos centros urbanos começam a serem formados a partir das vilas até então existentes, sendo essas cidades conhecidas como burgos, que significa fortaleza em latim, uma vez que havia muralhas ao redor dessas cidades para proteção de seus moradores, os burgueses.³

A junção entre o anseio pela consolidação do poder econômico da burguesia e pretensão de fortalecimento político por parte dos monarcas, até então pouco relevantes nas decisões dos feudos, torne-se o cenário ideal para quebra do sistema feudal e estabelecimento das monarquias nacionais, também conhecido como antigo

² VICENTINO, Cláudio. História geral: ensino médio. São Paulo: Scipione, 2006, p. 113.

³ Ibid., p. 142.

regime, que, posteriormente, será sustentáculo para formação das monarquias absolutistas.

Desse modo, em apertada síntese, pode-se compreender a sociedade absolutista com o poder político passado para as mãos do monarca, o qual seria um “escolhido por Deus” para exercer aquela função, buscando esvaziar qualquer discussão acerca de quem deveria de fato ser o rei com base num argumento de força, por uma mera imposição.⁴ Deve-se, por outro lado, destacar os contratualistas, como, por exemplo, Thomas Hobbes, filósofos esses de grande importância que buscavam fundar o poder do monarca num contrato, pelo qual os governados renunciavam tudo em favor do rei, evitando-se o estado natural e sendo a única forma de edificar uma sociedade equilibrada.⁵

No que tange à economia, a sociedade absolutista primava pelo modelo mercantilista, o qual pode ser compreendido com base em alguns princípios segundo o historiador Rubim Aquino, qual sejam, abundância de ouro e prata, desenvolvimento do comércio, saldo positivo da balança comercial, colônias fornecedoras de matérias-primas e abastecidas exclusivamente pelas metrópoles, utilizando-se fortemente de mão de obra escrava nesse momento.⁶

Uma vez consolidado e fortalecido o poder econômico da burguesia naquela sociedade, o domínio apenas do capital não mais era suficiente para os anseios daquela classe, de modo que, a partir dessas novas perspectiva de poder, emanam inúmeras teorias e movimentos em contraponto ao controle centralizado do monarca, buscando assim criticar e desestabilizar *ancien régime* e fomentar o controle político do estado pelos burgueses.

Nesse sentido, o humanismo, renascimento e Iluminismo emergem como fontes propulsoras de mudanças, ansiando por alterações no *status quo*, questionando a concentração de poder no monarca e buscando ressaltar a importância do indivíduo na construção do mundo que o cerca. Do mesmo modo, a Reforma Protestante, no campo religioso, pregava por uma ligação direta entre Deus

⁴ DE AQUINO, Rubim Santos Leão. História das sociedades: das sociedades modernas à sociedade atual. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010, p. 46.

⁵ WEFORT, Francisco C. Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 52-77.

⁶ Ibid., p. 82-86.

e homem, não mais necessitando da Igreja como um intermediário nessa relação, rompendo, portanto, com as estruturas tradicionais.⁷

É com esse impulso à tomada de poder e não submissão ao monarca que eclodem importantes revoluções liberais, notadamente as Revoluções Francesa e Americana, no campo político, e a Revolução Industrial, no campo econômico. Frente a esse panorama ora demonstrado, é possível, de pronto, perceber a volatilidade da burguesia e a sua importância vital nas alterações vividas pela sociedade europeia ao longo da história.

Desde o final da Idade Média, concedendo base para tomada de poder pelos reis e formação dos estados absolutistas, até a transição entre Idade Moderna e Contemporânea, quando fomenta a queda dos monarcas e prevalência de um sistema mais agressivo de produção, é possível perceber que a burguesia transita a sua inclinação política frente à casuística. Isto é, configura-se uma classe aparentemente sem posicionamentos convictos e que é levada a posicionar-se e aliar-se ao que melhor lhe convém no momento.

1.1.2 A Revolução Industrial: a difusão do modelo de produção inglês para o mundo

Uma vez compreendido o cenário de surgimento e fortalecimento da burguesia ao longo da história e a estrutura político-econômica vivenciada pré-revolução industrial, passa-se a analisar, com maior minúcia, as relações laborais nesse momento histórico de grandes alterações do modelo de produção e das relações entre patrão-empregado.

Em comunhão com as ideias liberais que eram disseminadas na Europa, tendo como um dos seus expoentes o britânico Adam Smith, a Inglaterra, aproximadamente no final do século XVIII, inicia grandes alterações na forma de alocar o capital e utilizar a mão de obra. Essas práticas são, posteriormente, espalhadas pelo resto do continente e tornam-se conhecidas como "*Revolução Industrial*", sendo marcada pela mecanização da indústria.

⁷ DE AQUINO, Rubim Santos Leão. História das sociedades: das sociedades modernas à sociedade atual. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010, p. 82-86.

Inicialmente, deve-se compreender que a estrutura inglesa, diferentemente dos demais países europeus, era bastante favorável, o que facilitou a consolidação desse modelo produtivo. Em face do comércio colonial, tráfico de escravos e transações com outros países, um pequeno grupo de investidores concentrou uma grande quantidade de capital, ademais, o grande êxodo rural vivido pelos ingleses e o declínio das manufaturas favorecia a existência de mão de obra barata. Nesse sentido, deve-se também destacar a grande quantidade de matéria-prima que os ingleses possuíam, principalmente as ricas jazidas de ferro e carvão, essenciais na primeira etapa da Revolução Industrial.⁸

Com esse cenário positivo, união entre capital disponível para investimento e mão de obra de baixo custo, é que a indústria inglesa conseguiu progressos exponenciais. Nada obstante, as relações laborais sofreram fortes impactos com essa forma mais agressiva de utilização de capital pela burguesia. Diferentemente do vassalo medieval, por exemplo, a classe operária passara a vender a sua força produtiva aos proprietários industriais, detentores do capital e dos meios de produção, conquanto, as bases nas quais esse trabalho ocorria eram as mais precárias possíveis.

Além das indústrias oferecerem estruturas degradantes para o labor dos operários e salários que mal davam para pagar alimentação e moradia, o grande número de trabalhadores vindos do campo ocasionou um crescimento demográfico dos centros urbanos. Conquanto, os postos de trabalho não acompanharam esse desenvolvimento, gerando uma grande massa de desempregados em situações deploráveis, vivendo em cortiços e favorecendo a proliferação de doenças.⁹

Ademais, deve-se acrescentar a essa massa de trabalhadores as chamadas “meias-forças”, que seriam as mulheres, crianças e adolescentes subtraídos dos seus lares para comporem a força produtiva em situações desumanas a fim de completar a renda familiar em busca de um mínimo de dignidade, mas ainda assim remuneradas a menor. Outrossim, segundo relatório do médico Louis-René Villermé,

⁸ DE AQUINO, Rubim Santos Leão. História das sociedades: das sociedades modernas à sociedade atual. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010, p. 185-188.

⁹ DANEMBERG, Juliana Moraes. Primeira revolução industrial: aspectos sociais, econômicos e políticos. Disponível em: <www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/Juliana_primeira_revolindusrevis.doc>. Acesso em: 15 de out. 2018.

apenas 27% (vinte e sete por cento) dos filhos de operários chegavam a completar dez anos, demonstrando o grande risco de exposição desses menores.¹⁰

Conquanto, do ponto de vista do industrial, deve-se considerar que o excesso de mão de obra e a quase total ausência de legislações de proteção ao trabalhador, em certa medida, foram de vital importância para manutenção das estruturas precárias de trabalho, já que o trabalhador insatisfeito deveria escolher entre direitos ou trabalho, o que, tomada as devidas proporções, retrata um pouco do discurso político exaltado no Brasil atualmente. Nessa esteira, destaco parte do artigo de autoria de Juliana Danemberg que ressalta a precariedade vivida pelos operários à época:

Em certo momento, as fábricas não ofereciam mais postos de trabalho suficientes para absorver o grande número de desempregados que se aglomeravam a sua volta. Contudo, mesmo os que tinham emprego não estavam livres de viver na miséria. Os salários eram muito baixos e mal davam para pagar por alimentos e moradia, dessa forma, os operários viviam amontoados em cortiços sujos e expostos a inúmeras doenças. Devido às condições de higiene, alimentação precária e caro acesso à medicina, a expectativa de vida na época era muito baixa.¹¹

Frente a esse cenário caótico de violações gravíssimas aos direitos humanos vivida à época e o grande vácuo legislativo em face dessas questões é que a Igreja Católica Apostólica Romana cria a “*Doutrina Social da Igreja*”. Esse movimento tem como marco principal a encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII, a qual busca defender uma ordem social mais justa e equitativa naquela sociedade tão assimétrica do final do século XIX com base altruísmo e aceitação das regras morais da Igreja acerca de propriedade, trabalho, dignidade e colaboração com os mais necessitados.¹²

Com o passar do tempo e o fortalecimento das ideias comunistas pregadas por Karl Marx e Friedrich Engels na marcante obra “Manifesto do Partido Comunista” - evidenciando a luta existente entre burguesia e proletariado- juntamente com as pregações mais sensibilizadas da Igreja, expõem o crítico cenário em que as

¹⁰FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60-66.

¹¹DANEMBERG, Juliana Moraes. Primeira revolução industrial: aspectos sociais, econômicos e políticos. Disponível em: <www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/Juliana_primeira_revolindusrevis.doc>. Acesso em: 15 de out. 2018.

¹²FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60-66.

políticas sociais tornaram-se condições *sine qua non* para a classe dominante manter-se no poder com os meios de produção. Nesse sentido, colaciono passagem da obra escrita por Marx e Engels que sintetiza um pouco dessa disputa entre social e capital:

Até hoje a História de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a História das lutas de classes (...) A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classes (...) De todas as classes que ora enfrentam a burguesia, só o proletariado é uma classe verdadeiramente revolucionária (...).¹³

Buscando, portanto, resistir às atrocidades até então cometidas pela burguesia, é possível destacar importantes movimento sociais da época pela luta dos direitos dos trabalhadores, como por exemplo os movimentos sindicais europeus, o cartismo e a Associação Internacional dos Trabalhadores - ambos iniciados na Inglaterra, onde as *trade unions*, similares ao sindicatos, fortaleciam essas reivindicações. Todo esse processo se estende de meados do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, sendo marcado por avanços e retrocessos entre Estado e operários conforme ressalta Maurício Godinho Delgado.

Nesse intervalo de tempo, pode-se destacar importantes avanços legislativos para as relações trabalhistas: descriminalização das associações sindicais na Alemanha, em 1869; regulação da livre associação sindical na Dinamarca, em 1874; inovação legislativa em relação à liberdade de associação sindical na Inglaterra em 1874, bem como na França, em 1884, Espanha e Portugal, em 1887.¹⁴

Nada obstante, apenas no século XX, após a I Guerra Mundial e com o medo da burguesia em relação ao latente crescimento das ideias socialistas, é que as relações laborais passam por uma maior regulação do estado. Nesse sentir, faz-se *mister* destacar a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Constituição de Weimar. A partir desse momento, é possível perceber uma maior concessão de direitos aos trabalhadores e a elevação do direito do trabalho a um ramo jurídico diretamente ligado à dinâmica do estado, sendo visto de forma autônoma e com força constitucional, incorporando-se ao ordenamento jurídico dos países desenvolvidos democráticos, nessa esteira:

¹³MARX, K; ENGELS, F, 1848 apud AQUINO, 2010, p. 338.

¹⁴DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 96-97.

Esse direito passa a ser um ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado. Forma-se a Organização Internacional do Trabalho; produz-se a constitucionalização do Direito do Trabalho; finalmente, a legislação autônoma ou heterônima trabalhista ganha larga consistência e autonomia no universo jurídico do século XX.¹⁵

É válido, contudo, destacar que esse momento de efervescência em prol do direito do trabalho tem o seu ápice logo após II Guerra Mundial quando, considerando o perigo das ideias comunistas que se espalhavam pela Europa, a classe dominante entende necessária a constitucionalização do direito do trabalho e o fortalecimento do Estado de Bem-Estar Social para manutenção *status quo*. Desse modo, pode-se perceber que as constituições do pós-guerra não só incorporam normas justralhistas, mas principalmente uma valorização geral do trabalho e do homem, acrescentando, inclusive, princípios gerais de influência latente das relações laborais como a dignidade da pessoa humana e a justiça social.¹⁶

Logo, esse momento é marcado por um estado mais intervencionista e prestador de serviços à população. Busca-se com isso manter o perigo da revolução comunista o mais distante possível dos grandes centros europeus, não sendo possível, portanto, outra postura senão abrir mão de parte dos seus lucros para fornecer o mínimo de dignidade aos trabalhadores e afastar a ameaça vinda da União Soviética.

Contudo, uma vez finalizada a Guerra Fria e consolidado o modelo capitalista como a base a ser seguida em todo o mundo, as relações laborais, pouco a pouco, começam a serem, novamente, precarizadas e os direitos trabalhistas flexibilizados. Ou seja, a perspectiva de ampliação dos direitos sociais começa a desmoronar com as diversas crises econômicas mundiais, o que faz o estado cortar custos, sendo, por muitas vezes, os direitos trabalhistas os primeiros a serem sacados, reduzidos ou flexibilizados.

É desse modo que, sob os ditames abalizados no Consenso de Washington - estabelecidos pelo FMI, Banco Mundial e Departamento do Tesouro dos Estados Unidos- impulsiona-se o capitalismo em seu nível mais extremado e suas políticas neoliberais, almejando reduzir de forma abrupta a atuação do estado, tentando com

¹⁵DELGADO, Maurício Gondinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 96-97.

¹⁶Ibid., p. 97-98.

isso limitá-lo a áreas então consideradas como essenciais, dentre as quais não se englobam os direitos sociais.¹⁷ Ademais, a ascensão de grandes estadistas neoliberais, como Margaret Thatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, acentua ainda mais essa nova visão político-social na forma de atuação do estado.

Nesse sentido que a atual etapa do sistema capitalista de produção globalizada fomenta a divisão dos trabalhos, existindo empresas específicas para realizarem cada etapa da produção de determinado bem, cabendo à montadora, por exemplo, apenas a junção de todas as peças para entregar o produto final ao consumidor. Em que pese haja um custo inicial mais elevado, consegue-se, a longo prazo, substituir um grande número de trabalhadores e reduzir os custos, maximizando o lucro por decorrência lógica.

Do mesmo modo, o serviço realizado por centenas de pessoas no sistema fordista de produção, consegue agora ser efetuado de forma mais eficiente e com menos custo por uma grande máquina operada por um único trabalhador, exigindo, portanto, uma maior qualificação e especialização do trabalhador. Dentro dessa estrutura de especialização das atividades no modelo de produção é que emana a ideia de terceirização.

Segundo assevera o doutrinador Mauricio Godinho Delgado, a palavra terceirização seria um neologismo do vocábulo "terceiro", aqui compreendida como interveniente, sendo, portanto, entendida, no Direito do Trabalho, como um fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.¹⁸ Portanto, a terceirização surge como uma forma do tomador de serviço otimizar a sua produção, dedicando-se ao seu produto final enquanto a empresa interposta, prestadora de serviço, colocaria os seus trabalhadores para realizarem outros serviços considerados de menor importância na cadeia produtiva.

Nada obstante, o que pode ser percebido na *práxis* é uma grande precarização dos trabalhadores terceirizados, os quais, por diversas vezes, não têm os seus

¹⁷DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 98-100.

¹⁸DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 487.

direitos devidamente respeitados e nem capacitados adequadamente para o trabalho a ser exercido, sendo um percentual cada vez mais relevante no atual mercado de trabalho.

1.2 A evolução das relações trabalhistas no Brasil

Assim como realizado na compreensão das relações justralhistas ao longo da história mundial, a evolução do trabalho no Brasil é um vasto campo de pesquisa, exigindo, portanto, um corte epistemológico para melhor estudá-la. Sendo assim, conforme leciona o Professor Maurício Godinho Delgado, em que pese a Lei Áurea não ter um caráter trabalhista, essa pode ser tomada como ponto de partida para o direito do trabalho brasileiro, uma vez que edificara pressupostos essenciais para o desenvolvimento das relações trabalhistas neste país. Nesse sentido, destaco passagem de livro na qual o supramencionado autor ratifica esse posicionamento:

Em país de formação colonial, de economia essencialmente agrícola, com um sistema econômico construído em torno da relação escravista de trabalho -como o Brasil até fins do século XIX-, não cabe se pesquisar a existência desse novo ramo jurídico enquanto não consolidadas as premissas mínimas para a afirmação socioeconômica da categoria básica do ramo justralhistas, a relação de emprego. Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia, não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada.¹⁹

Nada obstante, deve-se destacar a impossibilidade de tomar como absoluta a ideia de total inexistência das relações de emprego no Brasil até a vigência da Lei Áurea. A título exemplificativo, pode-se destacar os vaqueiros que trabalhavam na pecuária colonial, os quais eram homens livres com uma importante posição no interior das unidades produtivas de gado, atuando como gerenciadores das atividades econômicas das fazendas e sendo pagos com parte do rebanho cuidado.²⁰

¹⁹DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 105.

²⁰DE AQUINO, Rubim Santos Leão. [et al.]. Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p.185-193.

1.2.1 Do final do século XIX à República Velha

Durante séculos o Brasil foi marcado por uma economia primordialmente agrícola e extrativista de metais preciosos. Nesse cenário, a mão de obra escrava se apresentava como grande força motriz capaz de fazer esse sistema econômico se desenvolver e gerar riquezas para família real portuguesa. Nada obstante, em que pese já ter proibido o tráfico negreiro -em 1850- com a Lei Eusébio de Queiroz, a pressão vinda da Europa no final do século XIX, notadamente da Grã-Bretanha, para o fim da escravidão era cada vez maior, acrescida, no plano internacional, pela Guerra da Secessão, nos Estados Unidos.²¹

Desse modo, com fulcro de amenizar esse cenário conturbado, em 1871, foi editada a Lei do Ventre Livre, apresentada pelo visconde de Rio Branco, a qual declarava livres os filhos de escravos, contudo, essa normatização não se mostrou suficiente para conter os ânimos abolicionistas que emergiam à época. Sendo assim, sentindo o ambiente desfavorável existente na sociedade brasileira, a coroa portuguesa edita, em 1885, a Lei do Sexagenário, a qual estabelecia a liberdade aos escravos acima de 60 (sessenta) anos. Conquanto, é válido destacar que poucos eram os escravos que conseguiam chegar a essa idade, considerando-se a alta carga de trabalho e as condições precárias de vida, favorecendo a proliferação de doenças.²²

É nesse momento histórico conturbado que a Lei Áurea é editada no Brasil pela princesa Isabel, a qual assumira o trono na ausência de D. Pedro II, declarando extinta a escravidão. A partir de então, cria-se um cenário favorável ao desenvolvimento das relações justralhistas. Esse primeiro momento da era do trabalho livre brasileiro tem como destaque a atividade agrícola cafeeira paulista e a emergente industrialização no sudeste do país, onde grande parte dos trabalhadores eram imigrantes, uma vez que os escravos eram menos preparados para lavoura em comparação aos estrangeiros, criando-se, portanto, situação favorável à

²¹FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

²²KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. História do Brasil no contexto da história ocidental: ensino médio. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atual, 2003, p. 315-322.

marginalização do negro e mulato livre, considerando o fato de, embora libertos, não terem acesso à terra e ao trabalho.²³

A vinda de imigrantes europeus, contudo, trouxe também ideias revolucionárias que estavam em franca expansão na Europa do final do século XIX. Desse modo, já nesse primeiro momento das relações empregatícias no Brasil é possível perceber o surgimento de movimentos operários, ainda bastante desorganizados, esparsos e com forte influência anarquista, mas já demonstrando um pouco dos ideais emergentes do outro lado do atlântico. Nada obstante, o anarcosindicalismo viveu o seu ápice e declínio ainda no início do século XX, uma vez que sua resistência em aceitar qualquer forma de poder e organização burocrática impediu uma consolidação da resistência operária em moldes mais estáveis e passíveis de prolongarem-se no tempo.²⁴

Durante esse período histórico, pode-se destacar algumas normas de regulação às relações justralhistas, dentre elas: Decreto n. 1.313, regulamentando o trabalho do menor; Decreto n. 1.162, o qual derogou o caráter de ilícito penal das greves, mas mantendo como crime os atos ocorridos ao longo dos movimentos; Decreto n. 221, concedendo férias legais de 15 (quinze) dias ao ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil; Lei n. 3.724, tratando acerca da legislação acidentária do trabalho.²⁵

Deve-se, conquanto, destacar duas inovações legislativas de grande importância nesse cenário fático: Código Civil de 1916 e a Lei Eloy Chaves. O Código Beviláqua trouxe relevante dispositivo no que se refere às relações trabalhista, uma vez que seria aplicável aos contratos de trabalho que não fossem regidos como empreitadas, utilizando-se para tal os artigos que tratavam da locação civil de serviços.²⁶ Por outro lado, a Lei Eloy Chaves criou a caixa de aposentadorias

²³FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

²⁴DO BEM, Arim Soares. A centralidade dos movimentos sociais na articulação entre o estado e a sociedade brasileira nos séculos XIX e XX. Educ. Soc., Campinas, v. 27, n. 97, p. 1137-1157, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302006000400004>. Acesso em: 8 de nov. 2018.

²⁵DELGADO, Maurício Gondinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 107-108.

²⁶FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

e pensões dos ferroviários, incluindo também a estabilidade decenal, pela qual os trabalhadores -após 10 (dez) anos de emprego- seriam demitidos apenas em caso de falta grave ou motivo de força maior.²⁷

1.2.2 Da Era Vargas à Redemocratização

Após concorrer ao cargo de presidente da república e perder para Júlio Prestes, Getúlio Vargas põe fim à República Velha ao liderar a Revolução de 1930 e depõe o então presidente Washington Luís, tornando-se chefe do governo provisório brasileiro. Após quatro anos, Vargas é eleito indiretamente pela Assembleia Nacional Constituinte de 1934 para a presidência, conquanto, em 1937, fecha o congresso e dá início ao “*Estado Novo*”, período esse marcado pela continuação e estruturação de um governo nacionalista e intervencionista, de forte cunho popular, o que o levou a ser conhecido como “*pai dos pobres*”.²⁸

Nada obstante, em 1945, Vargas é deposto do poder e Eurico Gaspar Dutra é eleito presidente da república. Getúlio, ainda em 1945, é eleito senador pelo Rio Grande do Sul e em 1950 é eleito, por mais uma vez, presidente da república, porém, desta vez, pelo voto popular. Contudo, após inúmeras polêmicas durante seu último governo e uma tentativa de assassinato de um dos maiores opositores - Carlos Lacerda- bastante suspeita, Vargas comete suicídio em 1954.

Não se pode negar que, no plano laboral, os governos getulistas foram marcados por grandes avanços para os trabalhadores, buscando fortalecer e estabilizar o direito do trabalho brasileiro ainda emergente. Com forte caráter intervencionista, o estado passa a canalizar grandes esforços para as questões sociais através de inúmeras ações, principalmente por meio de uma legislação mais

²⁷BATICH, Mariana. Previdência do trabalhador: uma trajetória inesperada. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 18, n. 3, p. 33-40, Sept. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004>. Acesso em: 8 de nov. 2018.

²⁸FERREIRA, Marieta de Moraes. Getúlio Vargas: uma memória em disputa. Rio de Janeiro: CPDOC, 16f, 2006, p. 1.

pormenorizada, trazendo uma nova organização ao sistema justralhista então vigente.²⁹

Ainda nos seus primeiros anos de governo, Vargas cria -em 1930- o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que regulava profissões, o trabalho feminino, salário mínimo e a própria Justiça do Trabalho, a qual passa a compor o Judiciário apenas na Constituição de 1946. Ademais, importante avanço social a ser destacado veio pelo Decreto n. 21.364, o qual assegurou aos trabalhadores do comércio a duração do trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, previsão expandida, posteriormente, aos trabalhadores da indústria.³⁰

A área sindical também foi objeto de fortes normatizações do estado, nesse sentido, o Decreto n. 19.770 criou a estrutura sindical oficial, baseada na ideia de sindicato único, submetido ao reconhecimento do estado que deveria colaborar com o mesmo.³¹ Nesse aspecto, muitas críticas são tecidas a Vargas, considerando o fato do estado buscar limitar os sindicatos e fazer com que esses fossem verdadeiras extensões do próprio governo, fomentando, portanto, uma política social baseada na integração das classes trabalhistas e empresariais, organizando-se sob forma delimitadas através do chamado “*enquadramento sindical*”.³²

Em linhas gerais, percebe-se que, pouco a pouco, a legislação trabalhista, até então bastante específica e limitada em certos aspectos, passa a ter maior generalidade, seja em relação aos direitos que contemplava, seja em relação às categorias albergadas por essas previsões normativas.³³ Nesse sentido, Guilherme Guimarães indica como o primeiro diploma geral trabalhista do Brasil a lei n. 62, de 1935, a qual assegurou indenização na hipótese de demissão por justa causa, destacava a prioridade dos créditos trabalhistas na hipótese de falência, bem como tratava de outros temas: aviso prévio, hipóteses de suspensão do contrato de

²⁹DELGADO, Maurício Gondinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 109.

³⁰FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

³¹Ibid., p. 110.

³²NASCIMENTO, Amauri Mascaro (in memorian); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Compêndio de direito sindical. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 106-109.

³³FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.

trabalho, condições para redução de salário, prescrição de um ano para reclamar indenizações trabalhistas, dentre outras questões.³⁴

Conquanto, a grande consagração do direito do trabalho no Brasil se deu com a elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452/43. Nesse sentido, deve-se fazer um aparte importante sobre a essência dessa consolidação, a qual até hoje tem vigência no país, porém com algumas alterações legislativas.

É latente que o corporativismo marca a CLT, buscando estabelecer uma harmonia entre as classes tendo o estado como um intermediário, o que na prática representava uma forte regulação do estado nas relações laborais e sindicais, sendo desse momento que emana a ideia de “*sindicalismo pelego*”, marcado por um forte alinhamento e controle do governo sob os sindicatos. Conquanto, não se pode afirmar que toda a consolidação foi inspirada no modelo fascista-corporativista italiano, havendo doutrinadores que defendem o entendimento de que a CLT não passaria de uma cópia da *Carta del Lavoro* de Mussolini. Nesse sentido, colaciono passagem da obra de Guilherme Feliciano que rechaça essa teoria de total identidade entre a legislação italiana e a consolidação brasileira:

De resto, porém, é importante ter em conta, pela palavra de quem participou da comissão de Marcondes Filho, que a CLT não foi uma releitura de uma cópia do direito italiano, mas sobretudo um agrupamento de decretos-lei anteriores, com um figurino coletivo semelhante ao italiano (SÜSSEKIND, 1993: 16-17), mas também -por que não dizer- semelhante àquele soviético, posterior a 1920 (consolidação do stalinismo), quando os sindicatos caíram sob o duro jogo legal e político do Estado.³⁵

Portanto, não se trata de negar por completo a influência italiana na legislação pátria, uma vez que existem inúmeras similitudes na construção sindical, nos contratos coletivos de trabalho e em algumas garantias ao trabalhador. Nada obstante, é primordial estabelecer limites firmes ao efetuar essas comparações, ponderando as semelhanças, mas não sendo plausível afirmar que a CLT seria uma cópia integral da *Carta del Lavoro*, inclusive porque a carta italiana continha apenas trinta artigos quando aprovada pelo Conselho Fascista, ao passo que a legislação brasileira surge com novecentos e vinte e um artigos, o que ratifica essa teoria.

³⁴Loc. cit.

³⁵FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.

Com o passar do tempo, muitas alterações foram feitas na Consolidação das Leis do Trabalho, contudo o seu núcleo manteve-se intacto, sem grandes alterações na estrutura geral da legislação, mesmo durante o período da ditadura militar brasileira. Porém, a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como “*Carta Cidadã*”, houve algumas mudanças na estrutura justralhista a serem destacadas, notadamente no que tange a uma forte tendência flexibilizadora das relações laborais.

1.2.3 Recentes flexibilizações na relação laboral pela legislação brasileira

De fato, dispositivos positivos podem ser destacados no texto constitucional de 1988, como a elevação dos direitos sociais a direitos e garantias fundamentais, tratando na constituição de temáticas relativas ao Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, eleição de representantes dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados para ser um elo entre patronato e empregados, dentre outros aspectos que podem ser evidenciados.

Contudo, a partir desse marco histórico, é possível perceber um forte alinhamento nacional com as ideias disseminadas no Consenso de Washington, enaltecendo a liberdade e uma suposta igualdade entre as pessoas, com fulcro de dar consistência a propostas flexibilizadoras e desregulamentadora das relações trabalhistas. Nessa esteira, o Professor Godinho evidencia que as crises e transições do Direito do Trabalho vividas na Europa durante a década de setenta só foram sentidas no Brasil por volta dos anos noventa, ao longo desse processo de redemocratização e elaboração da nova carta magna, conjuntura essa - democratização e desarticulação do ramo justralhista- que, em certa medida, fora deveras complexa, fortalecendo, em certa medida, a ideia de luta de classes.³⁶

Deve-se, contudo, destacar a existência de algumas legislações flexibilizadoras ainda no século XX, como a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o qual seria -tecnicamente- opcional, pelo qual o empregado optava por aderir ao mesmo ou permanecer com a estabilidade decenal, dentre outras

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 114.

inovações que já evidenciavam essa tendência que estava por vir. Conquanto, as maiores flexibilizações na relação laboral, de fato, vieram apenas no século XXI. Nesse sentido, pode-se destacar a lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, também conhecida como “*Reforma Trabalhista*”, sendo uma das maiores alterações ao sistema justralhista das últimas décadas.

É necessário, inicialmente, reconhecer a necessidade de adequar e modificar alguns aspectos da CLT às novas realidades sociais, considerando as formas inovadoras de relação trabalhista advindas com a modernidade, como por exemplo o teletrabalho. Nada obstante, o que pode se observar na Reforma Trabalhista é um grande ímpeto desregulamentador e flexibilizador do direito trabalhista, em completa dissonância com o princípio da vedação ao retrocesso social.

Busca-se, desta feita, criar um verdadeiro mito de que as partes envolvidas num contrato laboral seriam livres e estariam em posição de igualdade, não cabendo, portanto, uma forte regulamentação do estado, falácia essa passível de ser refutada a partir do momento em que se considera que uma das partes tem o poder do capital em detrimento do outro polo dessa relação. Nesse sentido, destaco trecho de artigo publicado pelo Professor Gustavo Garcia, da USP:

Ao se permitir que os empregadores deixem de observá-los, estaria ocorrendo, na realidade, um inadmissível retrocesso social, contrário a toda a evolução histórica de conquista de direitos e de melhoria das condições sociais. A união dos trabalhadores, dando origem a greves e ao movimento sindical, permitiu a construção de um arcabouço normativo protetor, tutelado pelo Estado, o qual só foi alcançado com grande esforço e luta, possibilitando a positivação de leis protetoras contra o capitalismo mais selvagem, cujo fim principal é o lucro, ainda que a custo da miséria da classe trabalhadora. Nesse enfoque, a própria evolução histórica, inclusive na esfera internacional, com destaque à OIT, indica a necessidade de se ampliar os direitos e as garantias dos trabalhadores, não se podendo aceitar a sua exclusão, redução ou mudança para pior. Mesmo havendo crises econômicas, de diferentes dimensões e consequências, elas não justificam que a parte mais vulnerável e necessitada seja sacrificada para a manutenção de lucros empresariais, devendo, assim, ser solucionadas pelo Estado e pelos diversos organismos sociais. O que não se pode admitir é o retorno ao trabalho degradante, próximo ao existente na época da Revolução Industrial, ou mesmo do labor em condições precárias.³⁷

Desta feita, o capítulo que segue buscará discutir sobre a terceirização no Brasil, instituto passa por inúmeras alterações ao longo do tempo na legislação

³⁷GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Consolidação das leis do trabalho 70 anos depois: reforma trabalhista, desregulamentação e flexibilização. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 24, out. 2013.

pátria, buscando-se sempre ampliar o campo de incidência dessa relação laboral, flexibilizar o trabalho e aumentar a margem de lucro do empregador em detrimento do empregado.

2 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O presente capítulo realizará uma análise das alterações no ordenamento brasileiro acerca da terceirização trabalhista. Buscar-se-á, portanto, compreender os pressupostos estabelecidos que fundaram as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca desta temática.

2.1 Gênese da terceirização no Brasil

Em que pese as forças flexibilizadoras das relações laborais já permearem o Brasil desde o início do século XX, apenas no final da década de sessenta é que se inicia a construção e consolidação da terceirização no Brasil.

Conforme assevera Mauricio Godinho Delgado, o decreto-lei nº 200/67 e a lei nº 5.645/70 já buscavam estimular uma descentralização administrativa por meio da contratação de empresas privadas para realização de serviços meramente executivos ou operacionais.³⁸ Nessa esteira, destaque-se o art. 10, §7º do decreto-lei em comento que evidencia esse modelo distinto de atuação do estado:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. (...)

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

Desta feita, nada obstante inexistir expressamente a nomenclatura, essas normas já demonstravam um tipo de terceirização no setor público ao desobrigar a administração de realizar certas atividades e repassá-las para entes privados.

Contudo, o decreto-lei ainda se demonstrava insuficiente para evidenciar até que ponto seria possível efetuar essa descentralização administrativa pelo estado, isto é, não restava fixado um limite para as atividades passíveis de serem exercidas por entes privados. Nesse segmento, a lei nº 5.645/70 é elaborado com o intuito de

³⁸DELGADO, Maurício Gondinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 439.

clarificar essa penumbra deixada pelo decreto-lei nº200/67 ao exemplificar algumas das atividades que poderiam descentralizadas pelo poder público.

Desse modo, o art. 3º, parágrafo único da referida lei destaca que atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas deveriam ser objeto de execução indireta, através de contrato, nos moldes do artigo 10, §7º, do decreto-lei nº 200/67.³⁹ Deve-se, porém, ressaltar aspecto em comum entre essas atividades ora elencadas: o caráter instrumental das funções.

Desta feita, pode-se perceber que, diferentemente do cenário que vem sendo construído recentemente pela legislação e jurisprudência pátria, a gênese da terceirização no Brasil emana, eminentemente, ligada às atividades-meio. Nesse sentido, Maurício Godinho destaca a ausência de previsão legal para terceirização das atividades-fim na administração pública nesse momento histórico inicial:

A autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é, como visto, limitada exclusivamente a atividade-meio, atividades meramente instrumentais. Não há na ordem jurídica até então qualquer permissivo à terceirização de atividades-fim dos entes tomadores de serviço.⁴⁰

Em 3 de janeiro de 1974, durante a ditadura militar, o então Presidente da República – General Emílio Médici – sancionou a lei nº 6.019/74, que dispunha sobre trabalho temporário nas empresas urbanas. Estabelecia-se, portanto, em seu art. 2º, um modelo terceirizante, pelo qual seria permitida a contratação de trabalhadores, por determinado período, em duas hipóteses: para atender necessidades transitórias de substituição de trabalhadores regulares e permanentes ou no caso de acréscimo extraordinário de serviços.⁴¹

Logo, é possível perceber que a ideia de terceirização não mais se restringe à administração pública, passando a contemplar expressamente o setor privado com essa forma descentralizada de produção alinhada ao modelo produtivo capitalista.

³⁹Lei nº 5.645/70: Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: (...) Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

⁴⁰DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 440.

⁴¹Lei 6.019/74: Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Seguindo esse entendimento, a lei nº 7.102/83 acrescenta um aspecto importante ao cenário até então consolidado: a possibilidade de terceirização permanente. Nada obstante, essa norma restringia-se a uma categoria profissional específica, qual seja, os vigilantes. Logo, em que pese essa ampliação no aspecto temporal da terceirização, a limitação a uma categoria contínua, em parte, o intuito flexibilizador para outras atividades.

2.2 Dos entendimentos sumulados pelo TST acerca da terceirização

Com o passar do tempo, em virtude das alterações sociais e o crescimento da terceirização no cotidiano, o Tribunal Superior do Trabalho, ainda na década de oitenta, adotou uma posição mais protetiva aos trabalhadores e editou a súmula 256/TST, aprovada em 1986, *in verbis*:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nos 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.⁴²

Da simples leitura da súmula emanada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho é possível perceber que essa corte adotou uma postura mais refratária às flexibilizações em larga escala, tratando as hipóteses de terceirização como exceções às relações laborais ordinárias.⁴³ Desta feita, o tribunal buscara manter a relação triangular da terceirização (empregado -prestadora de serviço- tomadora de serviço) como uma situação excepcional, limitada às hipóteses das leis nº 6.019/74 e 7.102/83, valorizando a formação bilateral clássica do vínculo trabalhista (empregado-empregador).

Por conseguinte, o desrespeito ao consolidado na súmula 256/TST geraria a descaracterização da terceirização e formação do vínculo direto bilateral entre a empresa tomadora de serviço e o empregado.⁴⁴ Desse modo, conforme assevera

⁴²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

⁴³TEIXEIRA, Sergio Torres. Atividade-Meio e Terceirização Lícita: diretrizes para o enquadramento do trabalho terceirizado no âmbito de atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1196e4d5f25b0c1>>. Acesso em: 21 de dez de 2018.

⁴⁴GARCIA, 2011, *apud*, TEIXEIRA, 2014.

Mauricio Godinho Delgado, a terceirização apresentava-se, nesse momento, como um processo excessivo, buscando-se preservar a fórmula celetista como a regra basilar para as relações produtivas brasileiras.⁴⁵

Nada obstante, a imposição do modelo capitalista de produção, potencializado pela globalização econômica e pelo fenômeno pós-moderno da desconcentração do capital acabou por forçar o Tribunal Superior do Trabalho a rever o seu posicionamento e flexibilizar as hipóteses de terceirização.⁴⁶ Nesse sentido, destaque-se a entrevista do então Ministro do TST, Renato de Lacerda Paiva, que demonstra a pressão no sentido da colenda corte flexibilizar as realizações de terceirização e adequar-se às novas realidades:

A lei 6.019 de 1974, inclusive a CLT já vem sofrendo algumas alterações importantes, flexibilizando um ponto aqui outro ponto ali e etc. Essa flexibilização realmente precisa ser feita assim mesmo, de modo pontual, gradual. Não pode ser uma reforma profunda porque temos, como disse antes, aquela imensidade de trabalhadores que estão fora do processo. Então, a terceirização é uma necessidade hoje em dia no Brasil, dentro desse processo de flexibilização. Para mim, a questão que se coloca é que a terceirização até há pouco tempo atrás – e digo isso pela minha experiência a partir dos recursos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho – em sua grande maioria não é discutida nos processos, pouco se discute sobre teses jurídicas dentro da terceirização.⁴⁷

Sendo assim, o Tribunal Superior do Trabalho procedeu com a revisão da súmula 256 e, no final de 1994, editou a súmula 331, *in verbis*:

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 no 6.019, de 03.01.1974).

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

⁴⁵DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 446.

⁴⁶FELICIANO, Guilherme Guimarães. Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89.

⁴⁷BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>>. Acesso em 21 de dez de 2018.

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.⁴⁸

No primeiro momento, a súmula 331/TST continha a redação integral colacionada acima. Em linhas gerais, o inciso I da referida previsão normativa trazia o escopo da antiga súmula, buscando a valorização da relação laboral clássica entre empregador e empregado, retirando-se, contudo, referências ao serviço de vigilância -tratado em outro inciso- mas ainda excepcionando a hipótese do trabalho temporário.

Sendo assim, o descumprimento do preceito insculpido no inciso primeiro da referida súmula acarretaria, assim como já consolidado anteriormente, a configuração do vínculo direito entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviço. Conquanto, a súmula 331 em seu inciso II prevê a impossibilidade de formação de vínculo empregatício entre a Administração Pública direta, indireta ou fundacional e o empregado mesmo em caso de contratação irregular do trabalhador. Desse modo, o poder público busca extinguir qualquer hipótese de investidura em cargo ou emprego público sem aprovação em concurso, contemplando o previsto no art. 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na sequência, o inciso III da súmula 331/TST pode ser compreendido como um dos mais importantes e fulcral para o desenvolvimento de toda problemática que cerca o presente trabalho.

Conforme assevera Sérgio Torres Teixeira, esse dispositivo sumular cria três requisitos para a validade de uma relação de terceirização, envolvendo, em suma, os seguintes elementos: 1) tipo de serviço prestado pelo trabalhador terceirizado; 2) inexistência de subordinação direta entre o terceirizado e o tomador dos serviços; e

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

3) ausência, no bojo da relação entre o trabalhador e o tomador, do caráter *intuitu personae* típico da relação de emprego.⁴⁹

Ora, a partir do momento em que há pessoalidade na relação entre a tomadora de serviço e o trabalho terceirizado, não mais seria plausível falar em relação triangularizada, típica da terceirização trabalhista, contudo, restaria configurada, por decorrência, uma clássica relação laboral bilateral entre empregador e empregado.

A subordinação e o caráter *intuitu persona* da relação deve-se restringir, portanto, ao elo existente entre a prestadora de serviço e o terceirizado, caso contrário, torna-se pujante o vínculo direito da empresa tomadora com esse funcionário.⁵⁰

Sendo assim, a partir do momento em que houvesse pessoalidade ou subordinação no eixo relacional entre tomadora de serviço e trabalhador terceirizado, a relação triangularizada estaria desconfigurada, havendo, portanto, uma típica relação de emprego com todos os seus direitos inerentes, considerando-se, ademais, ilícita a terceirização nos moldes da súmula 331/TST.

Conquanto, deve-se asseverar que a existência de uma subordinação indireta não afrontaria a disposição do inciso III da súmula em comento. Nesse sentir, destaque-se trecho de artigo de autoria do Prof. Sergio Torres Teixeira:

É permitida pela diretriz sumular do inciso III, por outro lado, a presença de uma relação de submissão secundária denominada de "subordinação indireta", comum em relações com múltiplos sujeitos. (...) Noutras palavras, o trabalhador terceirizado escuta e segue os direcionamentos feitos pelo responsável da empresa tomador dos serviços, mas em virtude das ordens oriundas da empresa interposta (sua empregadora). Ou seja, as "ordens" do tomador são obedecidas pelos terceirizados em virtude da existência de ordens prévias do verdadeiro empregador deste último, no sentido de seguir aquelas.⁵¹

É evidente que a ideia fulcral da terceirização é desincumbir o tomador de serviço da realização de certas atividades que não seriam o cerne da sua atuação. Conquanto, trazendo a construção teórica dessa relação para a prática, não se pode

⁴⁹TEIXEIRA, Sergio Torres. Atividade-Meio e Terceirização Lícita: diretrizes para o enquadramento do trabalho terceirizado no âmbito de atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1196e4d5f25b0c1>>. Acesso em: 21 de dez de 2018.

⁵⁰Loc. cit.

⁵¹Loc. cit.

negar que a empresa tomadora tem, em certa perspectiva, ingerência sobre a atuação dos terceirizados.

Porém, em verdade, o funcionário terceirizado atua em consonância com as ordens da tomadora porque o seu verdadeiro patrão -a empresa prestadora de serviços- orienta-os no mesmo sentido. Faz-se indispensável, desse modo, uma atuação contínua da prestadora junto aos terceirizados, caso contrário a terceirização restaria configurada ilícita nos moldes da súmula 331/TST e o entendimento então vigente no colendo tribunal.

Ademais, no que tange ao tipo de serviço prestado pelo trabalhador terceirizado, esse só poderia atuar em três modalidades de serviço para que a terceirização pudesse ser considerada lícita nos ditames do inciso III do entendimento sumulado, são eles: 1) vigilância; 2) conservação e limpeza; 3) funções ligadas à atividade-meio.

As duas primeiras hipóteses são de simples constatação, sendo a terceirização para serviços de vigilância, inclusive, já prevista na lei nº 7.102/83. Por outro lado, a terceira hipótese gera mais polêmica e é centro de inúmeras discussões que, posteriormente, acarretaram alterações legislativas por deveras flexibilizadoras.

Buscando exaurir possíveis dúvidas sobre quais seriam as distinções existentes entre atividade-meio e atividade-fim, Mauricio Godinho Delgado faz a seguinte explanação:

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Esse grupo envolve atividade não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços - não se ajustam, pois às atividades-fim do tomador. (...)

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência

da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pela Lei n. 5645, de 1970: "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas". São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.)⁵²

Analisando as balizas estabelecidas pelo doutrinador, é possível perceber que a delimitação do que seria uma atividade-meio adequada aos ditames da súmula 331/TST é por deveras tênue e passível de grandes discussões.

Deve-se, portanto, buscar o núcleo da atividade exercida pelo tomador de serviços para então analisar se as funções dos trabalhadores terceirizados estão diretamente ligadas ao centro da dinâmica empresarial do tomador (atividade-fim) ou seriam meramente periféricas, acessórias ou auxiliares (atividade-meio).

Analisa-se, desta feita, se a atividade do terceirizado seria de auxílio à atividade empresarial principal da tomadora dos serviços, não sendo imprescindível ao núcleo ativo dessa empresa, ou se atuava em atividade absolutamente indispensável à consecução dos objetivos institucionais da empresa. Sendo assim, agindo o terceirizado junto à atividade-fim da tomadora restaria configurado o vínculo de trabalho direto com essa empresa e a ilicitude da terceirização.

Por fim, o inciso IV da redação original do entendimento sumulado nº 331/TST foi alterado duas vezes para chegar ao seu último texto, em 2011, sendo ainda acrescentado outros dois incisos, *in verbis*:

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

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

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

⁵²DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 450.

Em apertada síntese, os três incisos colacionados tratam da hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas no âmbito de uma relação de terceirização regularmente formada. Outrossim, estabelece-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no que tange aos créditos devidos ao terceirizado em relação ao período no qual ocorreu a prestação de serviços a essa empresa.

Nada obstante, sendo essa empresa tomadora parte da administração pública, a responsabilidade subsidiária dependerá da demonstração de culpa pelo inadimplemento. Logo, o poder público encontra-se, nos moldes da súmula 331/TST protegido pela necessidade de comprovação que foi falho na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas (culpa *in vigilando*) ou mesmo que teria efetuado uma escolha ruim da empresa prestadora de serviço (culpa *in eligendo*).

Portanto, a responsabilidade da Administração Pública não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, mas sim da comprovação de sua culpa *in vigilando* ou *in eligendo* para o não pagamento dos direitos previstos em lei aos trabalhadores terceirizados da prestadora de serviço.

2.3 Reforma trabalhista e suas principais alterações para terceirização no Brasil

Com o fortalecimento e consolidação do modelo capitalista de produção, foi possível perceber um acirramento no discurso em defesa da flexibilização das relações trabalhistas, sendo esse pensamento potencializado pelas recentes crises econômicas e políticas vivenciadas nos últimos anos pelo Brasil.

Por outro lado, o argumento da legislação obreira brasileira ser “arcaica” -o que se apresenta por deveras falacioso- fortaleceu esse cenário temerário, desaguando na edição das leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, as quais trouxeram perigosas alterações em toda estrutura clássica de relação laboral no ordenamento pátrio, e, por conseguinte, aos trabalhadores terceirizados.

Nessa esteira, destaco trecho do artigo publicado por Évellyn Barbosa Rêgo que reflete de forma precisa a preocupação e temor com as reformas praticadas:

Na verdade, a nova legislação caracteriza uma inversão de tutelas e não protege, de maneira pormenorizada, o trabalhador terceirizado, deixando-o vulnerável às imposições econômicas que repercutem no cenário jurídico, como insistente pressão para reduzir os direitos dos trabalhadores. (...)

Não há foco na especialização dos trabalhadores, muito menos capacitação. O novo regramento, apesar de apresentar algumas disposições genéricas acerca das garantias trabalhistas, regulamentará, na verdade, a ilicitude das contratações, por sucessivas terceirizações, que trazem consigo a diminuição de direitos, salários e, no fim, reduzem o mercado consumidor, podendo, inclusive, ao invés de gerar desenvolvimento econômico, causar prejuízos ao país. É flagrante o objetivo do legislador de, num cenário de crise empresarial, desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas, em benefício, justamente, da classe empresária.⁵³

De pronto, pode-se destacar que a maior alteração trazida pela Reforma Trabalhista no que se refere à terceirização foi a quebra do paradigma estabelecido pelo inciso III da súmula 331/TST, possibilitando, desta feita, a contratação de trabalhadores terceirizados para qualquer atividade da empresa tomadora de serviço, inclusive da sua ocupação principal.

Portanto, a terceirização não mais estaria adstrita às atividades periféricas, à atuação secundária da empresa tomadora, podendo-se, portanto, construir uma relação triangularizada lícita em torno da atividade-fim dessa firma.⁵⁴ Nesse sentido, destaque-se os arts. 4º-A e 5º-A introduzidos pela lei nº 13.467/2017, alterando a lei nº 6.019/74, os quais ao serem interpretados sistematicamente corroboram e ratificam essa nova interpretação:

Art.4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (...)

Art.5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Nada obstante, faz-se imprescindível destacar outras alterações promovidas pelo legislador que, em certa medida, protegeram o trabalhador de uma desregulamentação ainda mais latente na relação dos terceirizados. Nesse sentido,

⁵³RÊGO, Évellyn Barbosa. A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: Uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5521, 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66910>>. Acesso em 02 de jan de 2019.

⁵⁴Loc. cit.

traz-se à colação a literalidade dos arts. 5º-C e 5º-D da lei nº 6.019/74, os quais forma alterados pela lei nº 13.467/2017:

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.

O primeiro dispositivo destacado almeja afastar a possibilidade de uma situação bastante conhecida na prática como “pejotização” de trabalhadores, isto é, obrigar os funcionários terceirizados a criarem pessoas jurídicas para prestarem serviços à mesma empresa, o que descoberta o trabalhador de inúmeros direitos previstos na legislação.⁵⁵ Nesse sentido, destaque-se entendimento do eminente doutrinador Maurício Godinho Delgado:

Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão-somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação de emprego.⁵⁶

Desse modo, impede-se a contratação de pessoa jurídica em que figure como titular ou sócio empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício que tenha prestado serviço a esse empregador nos últimos dezoito meses.

Essa proteção ao trabalhador, conquanto, não se apresenta de forma tão rígida quanto se possa imaginar. Uma vez ultrapassado o período de dezoito meses estabelecido em lei, não haverá qualquer óbice à demissão de funcionários terceirizados e sua imediata contratação como pessoa jurídica, o que geraria fraude ao vínculo de emprego, vedado pela CLT em seu art. 9º.⁵⁷

⁵⁵RÊGO, Évellyn Barbosa. A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: Uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5521, 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66910>>. Acesso em 02 de jan de 2019.

⁵⁶DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 285.

⁵⁷Decreto-Lei nº 5.452/43: Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A segunda previsão legal destacada reforça o entendimento mencionado acima ao vedar a demissão e contratação do empregado da prestadora de serviços, antes do transcurso de dezoito meses, contados da sua demissão.

Veda-se, portanto, a demissão do funcionário e sua recontração como trabalhador terceirizado por uma prestadora de serviço para esta mesma empresa que o demitiu no prazo de dezoito meses. Do mesmo modo, persiste a crítica esposada para o art. 5º-C, qual seja, a inexistência de vedação expressa a essa prática após o período de dezoito meses.

Assentado esse cenário pós-reforma, muitas foram as críticas suscitadas acerca dessa nova legislação, inclusive alegações de inconstitucionalidade de alguns dispositivos. Nesse sentir, o capítulo que segue buscará analisar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de terceirizar a atividade-fim, bem como a viabilidade ou não de ocorrer uma terceirização ilícita nos ditames fixados pela nova legislação.

3 O NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

O presente capítulo busca esclarecer o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958252, bem como demonstrar a possibilidade de ocorrerem terceirizações ilícitas, em que pese a corte suprema autorizar a terceirização de atividades-fim, considerando, portanto, outros aspectos dessa relação laboral.

3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e Recurso Extraordinário (RE) nº 958252: o novo posicionamento do STF em relação à terceirização da atividade-fim

Em 30 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958252, com repercussão geral reconhecida, decidindo pela possibilidade de terceirização da atividade-fim por sete votos a favor e quatro contras, superando o entendimento firmado pela súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Nesse sentido, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: *"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"*.

A ADPF nº 324 foi interposta pela ABAG-Associação Brasileira do Agronegócio. Em linhas gerais, a associação autora argumenta que as novas formas de organização do mercado produtivo exigem novas modalidades de estruturação da atividade empresarial e das relações laborais. Busca-se argumentar, portanto, que as empresas continham uma estrutura verticalidade, em que os sócios e empregados realizam todo o processo produtivo, conquanto, a estrutura atual

exigiria o direcionamento dos esforços para atividade em que o estabelecimento atua, conforme entendimento do ministro e ex-presidente do TST Ives Gandra.⁵⁸

Desse modo, tornar-se-ia indispensável a revisão de certos posicionamentos firmados na Justiça do Trabalho para adequar-se ao novo cenário exposto e às necessidades empresariais. Sob o fundamento de que o então vigente posicionamento dos tribunais acerca da terceirização violaria a livre iniciativa, bem como dificultaria a inclusão de trabalhadores no mercado formal, a parte autora requereu a inconstitucionalidade da interpretação até então adotada em diversas decisões da Justiça do Trabalho que, segundo a ABAG, vedaria a prática da terceirização sem legislação específica, violando preceitos fundamentais.

O Ministério Público Federal também se manifestou nos autos, conquanto, em sentido diverso da pretensão autoral. Além de questionar a legitimidade da parte autora bem como o cabimento da ADPF nº 324, a Procuradoria-Geral da República destaca que o entendimento até então consolidado pela súmula nº 331/TST estava em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outrossim, ressalta-se que a banalização da terceirização não esvaziaria apenas a proteção à relação de emprego prevista constitucionalmente, bem como transformaria o trabalho em mercadoria e colocaria o ser humano na posição de um mero objeto. Por fim, a PGR destaca que o art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, inserido pela Lei nº 13.429/2017 ratifica a necessidade de limitação da terceirização, *in verbis*:

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

Logo, ao definir a empresa prestadora de serviços terceirizados como aquela que atua em serviços determinados e específicos, a própria legislação estaria ratificando o entendimento já sumulado, vedando a terceirização na atividade-fim da empresa. Ratificando esse entendimento, a previsão do §3º do art. 9º da Lei nº 6.019/1974 destaca, expressamente, a possibilidade de atuação dos trabalhadores

⁵⁸MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Fenômeno da Terceirização e suas Implicações Jurídicas. Revista Magister de Direito do Trabalho, ano VIII, n. 44, set./out. 2011, p. 7-14.

temporários em atividade-meio ou atividade-fim, o que não ocorre com a terceirização, *in verbis*:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá: (...)

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Sendo assim, resta evidente que, para os trabalhadores temporários, a nova legislação possibilitou, expressamente, a atuação em atividade-fim ou atividade-meio, diferentemente da previsão legal acerca da terceirização, reforçando assim o posicionamento pela manutenção dos entendimentos jurisprudências até então consolidados. Nesses termos, o Ministério Público Federal, através da Procuradoria-Geral da República, requereu a total improcedência da ADPF nº 324 de autoria da ABAG-Associação Brasileira do Agronegócio.

Nada obstante, do julgamento da ADPF ora analisada, restou fixado o entendimento de que seria lícita toda e qualquer terceirização, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, independentemente de estar ligada à atividade-meio ou atividade-fim da tomadora de serviço. Ademais, estabeleceu-se que caberia à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada, bem como responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas e obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, restando vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o STF também julgou o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral de nº 958252. Em verdade, originalmente, trata-se de uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Trabalho em virtude do caráter precário das condições de trabalho a que a Celulose Nipo Brasileira S/A expunha os seus trabalhadores.

Nada obstante, ao longo da investigação, apurou-se que a empresa que a ré utilizava força de trabalho intermediada por terceiros na sua atividade-fim, eximindo-se de estabelecer o vínculo direto com esses funcionários. Desse modo, requeria o

MPT em sua peça inaugural, dentre outros pleitos, a condenação da ré para abster-se de contratar terceirizados para atuarem na atividade-fim da empresa.

O pedido foi julgado procedente no primeiro e mantido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Contudo, após a não admissão do recurso de revista, foi interposto agravo de instrumento ao Tribunal Superior do Trabalho. Outrossim, o TST manteve o acórdão proferido pelo TRT3, o que fundou a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Em sede de recurso extraordinário, a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A - CENIBRA suscitava a violação do art. 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que a decisão proibiria a contratação de prestadora sem fundamento legal, bem como violaria o princípio constitucional da livre-iniciativa. Ademais, assim como na ADPF supramencionada, a recorrente alegava que a Justiça obreira deveria adequar-se ao cenário econômico atual e às necessidades empresariais. Por mais uma vez, o recurso extraordinário não foi admitido, decorrendo na interposição de agravo.

Em primeira análise, o relator -Min. Luiz Fux- negou seguimento monocraticamente ao agravo, dando ensejo ao agravo interno, perante o qual o ministro manteve o seu posicionamento. Conquanto, apenas em sede de embargos de declaração, foi reconhecida uma suposta violação a mandamento constitucional, dando-se seguimento ao recurso extraordinário.

Apenas em 2014 esse feito teve a sua repercussão geral reconhecida por maioria de votos, restando vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki, não se manifestando acerca da questão os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, ocorrendo, na sequência, a conversão do agravo em recurso especial, recebendo a nova numeração.

Em síntese, a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A - CENIBRA questionava a vedação da contratação de mão-de-obra terceirizada para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviço, alegando violação ao princípio da livre-iniciativa constitucionalmente previsto.

Do mesmo modo que ocorrera na ADPF nº 324, no Recurso Extraordinário em análise, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso

sob pena de violação ao princípio constitucional da proteção à relação de emprego. Desse modo, a Procuradoria-Geral da República alegava que a utilização da mão-de-obra terceirizada na atividade-fim caracterizaria o vínculo direto entre tomador de serviço e o funcionário terceirizado, devendo-se, portanto, preservar o entendimento da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nada obstante, por mais uma vez, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pelo provimento do Recurso Extraordinário de nº 958252 por maioria de votos.

Fixou-se o entendimento de que seria 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. Restou vencida, novamente, a Ministra Rosa Weber, ao passo que o Ministro Marco Aurélio não se pronunciou e os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes estavam ausentes no momento de fixação da tese.

3.2 A possibilidade de terceirização ilícita após o novo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal

Nada obstante, por mais uma vez, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pelo provimento do Recurso Extraordinário de nº 958252 por maioria de votos.

Fixou-se o entendimento de que seria 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. Restou vencida, novamente, a Ministra Rosa Weber, ao passo que o Ministro Marco Aurélio não se pronunciou e os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes estavam ausentes no momento de fixação da tese.

Conforme demonstrado, portanto, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral torna inócua a diferenciação até então vigente entre a terceirização na atividade-fim ou atividade-meio. Contudo, não se pode afirmar que a partir de então o trabalho terceirizado pode ser exercido de forma

indiscriminada, inexistindo a possibilidade de caracterização do vínculo direto de trabalho com a tomadora de serviço.

Sendo assim, buscar-se-á, de forma exemplificativa, elencar algumas hipóteses em que a terceirização poderá ser considerada ilícita mesmo após a fixação da nova tese pelo Supremo Tribunal Federal.

De pronto, é possível destacar algumas situações elencada na lei nº 6.019/1974, alterada pelas leis 13.429/2017 e 13.467/2017, em que se pode configurar a terceirização como ilícita e formalizar o vínculo direto entre os trabalhadores terceirizado e a tomadora de serviço. Inicialmente, evidencia-se os arts. 5º-C e 5º-D da referida legislação, *in verbis*:

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.

Ora, a previsão legal é clara e expressa ao delimitar duas hipóteses que, se caracterizadas, configurariam uma ilicitude na terceirização e fomentariam o vínculo direto do terceirizado com a empresa tomadora de serviço.

Nesse sentir, o primeiro cenário fático previsto na legislação abarca a figura da “*pejotização*”, por meio da qual utilizar-se-ia de uma pessoa jurídica para simular um contrato para que esse seja regulado pelo direito civil, contudo, em verdade, tratar-se-ia de um típico contrato trabalhista.⁵⁹

Desse modo, uma vez configurada essa utilização indevida de uma pessoa jurídica para mascarar uma relação trabalhista ordinária, restaria configurada a terceirização ilícita, havendo, portanto, o vínculo direto entre o trabalhador e a tomadora de serviços. Conquanto, a lei prevê um lapso temporal relativamente curto- dezoito meses- o qual ultrapassado possibilitaria que a pessoa jurídica cujos

⁵⁹SILVA, Marilda Silva Ferracioli. Alterações na terceirização: as inovações das Lei n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017 e o julgamento do STF. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 72, p. 110-114, out. 2018.

titulares ou sócios tenham prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício fossem licitamente contratados na condição de pessoas jurídicas. Ademais, excetua-se da regra geral insculpida no art. 5º-C os titulares ou sócios de pessoas jurídicas que tenham trabalhado nos últimos meses, mas que estejam aposentados.

Portanto, percebe-se que o legislador, em suma, autorizou a “*pejotização*” após o período de dezoito meses a contar da data em que o ex-trabalhador tenha rescindido seu contrato de trabalho com a antiga empresa tomadora de serviço.⁶⁰ Apresenta-se, portanto, um cenário deveras perigoso à proteção do trabalhador, uma vez que esse novo contrato entre a tomadora e a pessoa jurídica criada pelo ex-empregado seria objeto do direito civil e da justiça comum, sendo uma forma de burla a verdadeira natureza do contrato em questão.

A segunda hipótese trata prevista na lei nº 6.019/1974 trata de uma proteção ao trabalhador empregado antes da vigência da citada lei. Em linhas gerais, a norma impede a contratação de empregado que tenha sido demitido nos últimos dezoito meses pela mesma empresa na condição de funcionário da empresa prestadora de serviço. Nesse sentir, destaque-se trecho de artigo recém-publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região por Marilda Silva Ferracioli:

Foi instituído no artigo 5o-D um período de 18 meses para que possa ser contratado empregado da empresa contratante, que tenha sido demitido, para trabalhar para a empresa prestadora de serviços, impedindo a existência de fraude. Assim, a legislação visou impedir que a empresa despedisse um empregado e o contratasse como empregado terceirizado, através de empresa prestadora de serviços.⁶¹

Por mais uma vez, o legislador condiciona a contratação à superação do lapso temporal de dezoito meses, contados da data em que o empregado foi demitido, buscando, portanto, impedir uma demissão em massa de trabalhadores para a recontração desses na forma de trabalhadores terceirizados, o que configuraria o vínculo direto com a tomadora de serviços.

⁶⁰DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A amplitude da terceirização instituída pela reforma trabalhista e seu impacto no mundo do trabalho. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 72, p. 29-50, out. 2018.

⁶¹SILVA, Marilda Silva Ferracioli. Alterações na terceirização: as inovações das Lei n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017 e o julgamento do STF. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 72, p. 110-114, out. 2018.

Seguindo a mesma perspectiva, o art. 5º-A, §1º, da lei nº 6.019/74 também traz uma vedação expressa à determinada conduta na relação terceirizada, nesse sentido:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

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

Ora, de modo expreso a legislação, que sofreu alterações pelas leis nº 13.467/2017 e nº 13.429/2017, veda a utilização de trabalhadores em atividade distinta da prevista em contrato com a empresa prestadora de serviço. Logo, o ônus imposto nessa hipótese é à tomadora de serviço, a qual não pode dispor livremente do funcionário terceirizado, mas sim utilizar a sua mão de obra nos moldes estabelecidos contratualmente com a empresa prestadora de serviço,

Por mais uma vez, portanto, vislumbra uma hipótese legal que, uma vez não respeitada, acarreta a formação do vínculo direto do terceirizado com a tomadora de serviço. Corroborando esse entendimento, Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Leticia Costa Mota Wenzel publicaram artigo em que destacam essa possibilidade de formação de vínculo direito com a tomadora nos moldes do art. 5º-A, §1º, da lei nº 6.019/74:

(...) Ao contrário da IN 3/97, a disposição legal não exige que a empresa tomadora tenha atividade comercial distinta da realizada pela prestadora, contudo, não é possível que se tenha o desvio da mão-de-obra contratada, visto que é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços (art. 5º-A, § 1º). Essa ressalva também consta da IN 3/97. Se houver o desvio, haverá o vínculo de emprego com a tomadora; (...)⁶²

Outrossim, pode-se perceber que essas hipóteses legais destacadas estão por completo desvinculadas da atuação dos trabalhadores na atividade-meio ou atividade-fim da empresa. Isso, *prima facie*, já é capaz de demonstrar que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal não enseja a terceirização plena e irrestrita

⁶²NETO, Francisco Ferriera Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Leticia Costa Mota. A terceirização, o direito do trabalho e a lei 13.429/2017. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/456088300/a-terceirizacao-o-direito-do-trabalho-e-a-lei-13429-17>. Acesso em 31 de mar de 2019.

como veiculado por alguns autores e meios de comunicação, sendo possível, portanto, haver uma terceirização ilícita no caso de não se respeitarem mandamentos legais.

A fim de demonstrar outra hipótese em que a terceirização, mesmo após as recentes decisões o STF podem ser consideradas ilícitas, faz-se *mister* melhor compreender o que é o vínculo empregatício e suas características.

De pronto, necessita-se realizar uma importante distinção que, do ponto de vista técnico, é essencial para o emprego técnico das palavras, caracterizando a relação de emprego e relação de trabalho. Nesse sentir, assevera o professor Mauricio Godinho Delgado:

A prestação de trabalho por uma pessoa física a outrem pode concretizar-se segundo fórmulas relativamente diversas entre si. Mesmo no mundo econômico ocidental dos últimos duzentos anos, essa prestação não se circunscreve à exclusiva fórmula da relação empregatícia. Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem personalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos não se configura uma relação de emprego (ou, se quiser, um contrato de emprego). (...) A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial.⁶³

Portanto, é possível perceber que a relação de trabalho trata de espectro mais abrangente de relações laborais, uma vez que para restar evidenciada uma relação de emprego, torna-se essencial a demonstração do atendimento a alguns requisitos legais, como o fato do serviço ser prestado por uma pessoa física, onde há subordinação, personalidade, onerosidade e não eventualidade na prestação. No mesmo sentido, o doutrinador José Augusto Rodrigues Pinto também entende correta a utilização da denominação “contrato de emprego” justamente para marcar o caráter subordinado do vínculo formado, que será marcante nessa modalidade de contrato.⁶⁴

⁶³DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 281.

⁶⁴PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 154.

No mesmo sentido, pode-se destacar inúmeros doutrinadores que optam por essa diferenciação entre o vínculo de trabalho e de emprego, dentre eles Orlando Gomes⁶⁵, eminente contratualista, Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes⁶⁶, Mozart Victor Russomano⁶⁷, dentre outros. Busca-se, portanto, evidenciar a subordinação que marca o vínculo existente entre empregado e empregador na relação justralhista tradicional.

Uma vez observada a distinção doutrinária estabelecida entre relação de trabalho e emprego, é necessário dissecar as bases do vínculo empregatício, isto é, desatacar as suas características para assim melhor compreendê-las e fundamentar a segunda hipótese de terceirização ilícita.

Em síntese, pode-se afirmar que a relação de emprego é marcada por: prestada por uma pessoa física, com personalidade, subordinação, não-eventualidade e onerosidade. Nesse sentido, é possível destacar os ditames dos arts. 2º e 3º da CLT, os quais tratam de características inerentes ao vínculo empregatício, *in verbis*:

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

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

Logo, os artigos ora colocados servem de base para construção dos aspectos fundante da relação de emprego, que o tornam distinta da mera relação de trabalho, consoante asseverado anteriormente.

De pronto, o primeiro aspecto a ser destacado é o fato desse vínculo ser estabelecido com uma pessoa física, isto é, o empregado sempre será uma pessoa natural, a qual tem toda a proteção expendida pelo Direito do Trabalho nos seus mais diversos aspectos, como saúde, segurança, bem-estar, dentre outros. Logo, os serviços prestados por uma pessoa jurídica ao empregador são analisados fora do

⁶⁵GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho: de acordo com a Constituição de 1988. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 133.

⁶⁶MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antônio Carlos Flores. Introdução ao Direito do Trabalho. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: LTr, 1991, p. 214.

⁶⁷RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2002, p. 69-70.

âmbito justralhista, não sendo, salvo comprovação de ilicitudes, analisado pela justiça obreira.

O segundo aspecto marcante seria a pessoalidade da relação de emprego. Não basta que o trabalho seja prestado por uma pessoa, mas sim que haja um vínculo latente entre essa e a atividade exercida, havendo assim uma infungibilidade no que tange ao trabalhador.⁶⁸

Forma-se, portanto, uma relação *intuitu persona*, sendo assim, não poderá o empregado “fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados”⁶⁹, pois caso contrário não haveria uma relação de emprego. Observe-se, contudo, que nem toda substituição efetuada ao trabalhador é capaz de destituir o vínculo empregatício ou desvirtuar a sua essência, como as hipóteses de substituição previstas na legislação em caso de férias, licenças, afastamentos, etc.

A terceira característica ora destacada é a não eventualidade do labor realizado, isto é, o vínculo empregatício deve ser marcado pelo princípio da continuidade das relações trabalhistas, devendo o trabalho prestado perpetrar ao longo do tempo, não sendo esporádico. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o trabalho eventual seria aquele efetuado em virtude de fato específico e determinado, conforme a teoria do evento, ou mesmo como aquele não inserido nos fins ordinários da empresa, de modo esporádico.⁷⁰

Outro espectro da relação de emprego a ser analisado é a sua onerosidade. Outrossim, caberá ao empregador, detentor do capital, o pagamento de um salário em forma de contraprestação à força de trabalho vendida pelo empregado para sustento próprio e de sua família dentro do modelo capitalista de produção. Tem-se, portanto, um contrato sinalagmático, bilateral e oneroso, considerando o fato de envolver contraprestações recíprocas economicamente mensuráveis.⁷¹

Por fim, deve-se destacar a subordinação, característica marcante do vínculo empregatício. Segundo Maurício Godinho, a subordinação seria uma situação

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 285.

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ *Loc. cit.*

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 291.

jurídica derivada do contrato de trabalho, pelo qual o empregado assume o compromisso de acolher o poder diretivo empresarial no modo de realização de seus serviços.⁷² Nessa esteira, o eminente jurista Amauri Mascaró entende a subordinação como um cenário em que o trabalhador se encontra decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, almejando, desse modo, transferir ao empregador o direcionamento da atividade que irá exercer.⁷³

Logo, a subordinação apresenta-se como uma das principais características da relação de emprego, por meio da qual, através do poder diretivo que detém, o empregador é capaz de direcionar e organizar como o empregado devidamente contratado deverá atuar. Importante destacar, por outro lado, que essa subordinação tem uma natureza jurídica, ou seja, é derivada do próprio contrato do trabalho, não sendo um aspecto inerente ao ser humano, mas sim um aspecto resultante de uma relação jurídica específica.

Uma vez compreendida as bases para formação do vínculo empregatício, passar-se-á à última hipótese suscitada no presente trabalho de terceirização ilícita, qual seja, a configuração do vínculo direito entre a empresa tomadora de serviço e o funcionário terceirizado pelas próprias características da forma como essa relação é estabelecida.

Percebe-se que para configurar o vínculo direito entre tomador de serviço e funcionário terceirizado faz-se imprescindível a existência dos requisitos essenciais de toda relação de emprego. Nada obstante, o aspecto mais evidente e que torna latente o vínculo direito é a subordinação, a qual deve ser analisada com certa cautela.

Não se pode negar que, naturalmente, mesmo numa relação de terceirização, o tomador de serviço exerce, de certa maneira, uma ingerência sob a atuação dos funcionários terceirizados. Contudo, é evidente a necessidade de se estabelecer um limite para esse poder. Nesse sentido, destaco trecho de artigo publicado pelo professor Sergio Torres:

⁷²DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 295.

⁷³NASCIMENTO, Amauri Mascaró. Iniciação ao direito do trabalho. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 173-175.

Da mesma forma como, numa hipótese no qual o empregado de um empreiteiro contratado para fazer a reforma na sua cozinha, ao ingressar na sua residência para fazer o serviço, naturalmente se submete aos seus "poderes" naturais como "dono/dona da obra" (ou, no caso, como "dono/dona da casa"), somente agindo dentro de limites que as suas expressões faciais permitirem (e não duvidem do "poder" de tais impressões visuais sobre seus visitantes, operários ou não!), é igualmente natural que um trabalhador terceirizado, ao atuar na faxina de uma agência bancária, também se sujeite a uma certa "submissão" ao gerente da respectiva unidade. Não uma subordinação jurídica típica de uma relação de emprego, mas sim uma "subordinação indireta", pois submetida ao crivo, à prévia autorização, da empresa interposta. Noutras palavras, o trabalhador terceirizado escuta e segue os direcionamentos feitos pelo responsável da empresa tomador dos serviços, mas em virtude das ordens oriundas da empresa interposta (sua empregadora). Ou seja, as "ordens" do tomador são obedecidas pelos terceirizados em virtude da existência de ordens prévias do verdadeiro empregador deste último, no sentido de seguir aquelas.⁷⁴

É possível perceber, portanto, que o tomador de serviço exerce apenas uma "subordinação indireta" sobre o funcionário terceirizado, de modo que pode determinar ordens a esse, contudo o funcionário irá segui-las porque o seu real empregador -empresa prestadora de serviço- determinou que cumprisse as indicações emitidas pelo tomador.

O cenário acima demonstrado em nada fere a legislação pátria, desde que a prestadora de serviço tenha uma atuação marcante, estando presente ao longo dessa relação laboral.

Na hipótese de haver, conquanto, um vácuo na atuação da empresa prestadora de serviço, as ordens passam a serem emitidas diretamente pela própria tomadora. Outrossim, haverá a transformação da "subordinação indireta" em "subordinação direta", passível de formação do vínculo empregatício direto com a empresa tomadora de serviço.⁷⁵

Desta feita, por mais uma vez, em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de terceirização da atividade fim, é evidente que a corte suprema brasileira não deu uma chancela total e ilimitada para a terceirização. Certos parâmetros necessitam ser respeitados para que se possa ter uma terceirização lícita.

⁷⁴TEIXEIRA, Sergio Torres. Atividade-Meio e Terceirização Lícita: diretrizes para o enquadramento do trabalho terceirizado no âmbito de atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1196e4d5f25b0c1>>. Acesso em: 5 de mar de 2019.

⁷⁵*Loc. cit.*

Sendo assim, resta demonstrado que as recentes decisões do STF não tornam impossível a existência de uma terceirização ilícita, bastando o desrespeito a uma previsão legal ou demonstração das características típicas de uma relação de emprego entre terceirizado e tomadora de serviço para que seja configurada a ilicitude da terceirização e, por consequência, o estabelecimento do vínculo direito do trabalhador com a aquela empresa.

CONCLUSÕES

As relações laborais foram alteradas ao longo do tempo para adequar-se à sociedade e peculiaridades históricas vividas. Desse modo, a própria terceirização já surge em meio a uma grande flexibilização e precarização dos vínculos trabalhistas, consagrando muitos dos preceitos estabelecidos pelo Consenso de Washington no final do século XX. Aponte-se, contudo, que as adaptações às realidades sociais são essenciais para o direito do trabalho, contudo, a forma e intensidade com que isso ocorre e a relativização de direitos sociais consagrado é que deve ser alvo de críticas.

Essa tendência flexibilizadora que ronda o direito do trabalho pode ser percebida com a evolução dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores. A súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, tinha um caráter mais protecionista ao trabalhador, almejando impor um certo limite a modos flexibilizares de trabalho como a terceirização. Contudo, a súmula 331 do TST, editada posteriormente, já demonstra uma maior tendência de aceitação a essa nova modalidade de relação trabalhista.

O crescimento de visões precarizantes das relações laborais é consagrado, em nosso ordenamento pátrio, pela Reforma Trabalhista, notadamente com o advento das leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017. E nesse sentido é que o Supremo Tribunal Federal fixa a tese de que seria possível a terceirização da atividade fim através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958252.

Nesse sentido, faz-se mister, conquanto, compreender que o julgamento realizado pela suprema corte brasileira se restringe a um aspecto da terceirização até então delimitado na súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, qual seja, a terceirização na atividade fim de uma empresa. Desta feita, é por deveras impreciso asseverar que o STF possibilitou qualquer tipo de terceirização, chancelando uma carta branca a esse modo flexibilizador das relações laborais.

Desse modo, os arts. 5º-A, §1º, 5º-C e 5º-D da lei 6.019/74, alterados pela Reforma Trabalhista, já elencam possibilidades de terceirização ilícita, de modo que, se não observados os preceitos neles estabelecidos, haverá a configuração do

vínculo direto entre a empresa tomadora de serviço e o funcionário terceirizado. Outrossim, uma vez demonstradas as características básicas de uma relação de emprego, quais sejam, atividade prestada por pessoa física, com pessoalidade, subordinação, não-eventualidade e onerosidade, pode-se configurar também o vínculo direto com a tomadora de serviço.

Nesse sentido, é imprescindível destacar a peculiaridade da subordinação, característica a qual existirá em qualquer hipótese de terceirização, contudo, a forma e intensidade como ela se concretizar é que poderá configurar o vínculo direto com a empresa tomadora de serviço.

A tomadora, portanto, deve exercer apenas uma “subordinação indireta” sobre o funcionário terceirizado, podendo emitir ordens a esse trabalhador, nada obstante ele irá segui-las porque o seu real empregador -empresa prestadora de serviço- determinou que cumprisse as indicações emitidas pelo tomador.

Desse modo, é necessário que a prestadora de serviço tenha uma atuação marcante, estando presente ao longo dessa relação laboral, caso contrário, havendo um vácuo na atuação da prestadora, as ordens passam a serem emitidas diretamente pela própria tomadora. Logo, há a transformação da “subordinação indireta” em “subordinação direta”, configurando-se o vínculo empregatício direto com a empresa tomadora de serviço.

Portanto, é possível concluir que a decisão do Supremo Tribunal Federal não inibe por completo a possibilidade de haver uma terceirização ilícita, em verdade ela apenas, dentro das recentes pressões flexibilizadoras neoliberais, possibilita a terceirização diretamente ligada à atividade fim da empresa, superando assim a antiga distinção fixada pelo entendimento sumulado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho entre atividade fim e atividade meio.

Sendo assim, em que pese o cenário atual precarizar ainda mais o vínculo dos terceirizados, não se pode afirmar que a terceirização pode ocorrer de modo irrestrito, devendo assim atentar aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais estabelecidos no ordenamento pátrio, bem como aos entendimentos consolidados pelos tribunais superiores, sob pena de configuração de uma terceirização ilícita e o

consequente vínculo direito entre empresa tomadora de serviço e o funcionário terceirizado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. **Direito do trabalho e Pós-modernidade: Fundamentos para uma Teoria Geral**. São Paulo: Editora LTR, 2005.

BATICH, Mariana. **Previdência do trabalhador: uma trajetória inesperada**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 18, n. 3, p. 33-40, Sept. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004>. Acesso em: 8 de nov. 2018.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. **A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>>. Acesso em 21 de dez de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**: Consolidações das leis do trabalho. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 6.019/74, de 3 de janeiro de 1974**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.467, de 13 de março de 2017**. Brasília, DF, março, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. 324** Rel. Min. Roberto Barroso, maioria, j. em 30.08.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 04 de abr de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 958252**. Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. em 30.08.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 04 de abr de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. **Súmulas**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. **Súmulas**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 19 de mar de 2019.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A amplitude da terceirização instituída pela reforma trabalhista e seu impacto no mundo do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 72, p. 29-50, out. 2018.

DANEMBERG, Juliana Moraes. **Primeira revolução industrial**: aspectos sociais, econômicos e políticos. Disponível em: <www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/Juliana_primeira_revolindusrevis.doc>. Acesso em: 15 de out. 2018.

DE AQUINO, Rubim Santos Leão. **História das sociedades**: das sociedades modernas à sociedade atual. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010.

DE AQUINO, Rubim Santos Leão. [et al.]. **Sociedade brasileira**: uma história através dos movimentos sociais. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

DELGADO, Maurício Gondinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DO BEM, Arim Soares. **A centralidade dos movimentos sociais na articulação entre o estado e a sociedade brasileira nos séculos XIX e XX**. Educ. Soc., Campinas, v. 27, n. 97, p. 1137-1157, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302006000400004>. Acesso em: 8 de nov. 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Marieta de Moraes. **Getúlio Vargas**: uma memória em disputa. Rio de Janeiro: CPDOC, 16f, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Consolidação das leis do trabalho 70 anos depois: reforma trabalhista, desregulamentação e flexibilização. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 24, out. 2013.

OSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. **História do Brasil no contexto da história ocidental**: ensino médio. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atual, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Fenômeno da Terceirização e suas Implicações Jurídicas. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, ano VIII, n. 44, set./out. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013

NASCIMENTO, Amauri Mascaro (*in memoriam*); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NETO, Francisco Ferriera Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Letícia Costa Mota. A terceirização, o direito do trabalho e a lei 13.429/2017. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/456088300/a-terceirizacao-o-direito-do-trabalho-e-a-lei-13429-17>. Acesso em 31 de mar de 2019.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RÊGO, Évellyn Barbosa. A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: Uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5521, 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66910>>. Acesso em 02 de jan de 2019.

SILVA, Marilda Silva Ferracioli. Alterações na terceirização: as inovações das Lei n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017 e o julgamento do STF. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 72, p. 110-114, out. 2018.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **Atividade-Meio e Terceirização Lícita**: diretrizes para o enquadramento do trabalho terceirizado no âmbito de atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1196e4d5f25b0c1>>. Acesso em: 21 de dez de 2018.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**: ensino médio. São Paulo: Scipione, 2006.

WEFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". São Paulo: Editora Ática, 2001.