

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região

n. 99 - janeiro a junho de 2019

TERCEIRIZAÇÃO



**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO**

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
3ª REGIÃO**

Os acórdãos, sentenças e artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

ESCOLA JUDICIAL

Editora-Chefe
Denise Alves Horta

Secretária
Alexandra Marques de Freitas

SEÇÃO DA REVISTA

Bacharel em Direito
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano

Editoração de texto, Normalização e Diagramação
Patrícia Côrtes Araújo

REDAÇÃO: Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3228-7169
e-mail: revista@trt3.jus.br
escola@trt3.jus.br

CAPA: Luciano Varandas - Secom TRT/MG - Seção de Publicidade e Comunicação Interna

IMPRESSÃO: Print Graf Gráfica e Editora Eireli
printexpress@printexpress.art.br
Telefone: (18) 3642-9001

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região / Tribunal Regional do Trabalho
3ª Região; n. 1, (1965 -). Belo Horizonte, 1965.

Semestral.

Periodicidade irregular até 1998, a partir do volume 59 de 1999 passa a ser
semestral. Disponível também na *internet* ([http://www.trt3.jus.br/escola/
institucional/revista/estante.htm](http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm)) a partir do volume 64 de 2004.

ISSN 0076-8855

1. Direito do Trabalho - Periódico. 2. Direito Processual do Trabalho - Brasil
3. Justiça do Trabalho - Brasil. 4. Jurisprudência trabalhista - Brasil. I. Brasil.
Tribunal Regional do Trabalho (3. Região).

CDU: 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os
conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.
Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios
empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que
mencionada a fonte.

Impresso no Brasil

CONSELHO EDITORIAL

MARCUS MOURA FERREIRA - Desembargador Presidente do TRT/MG
LUCILDE D'AJUDA LYRA DE ALMEIDA - Desembargadora 2ª Vice-Presidente,
Ouvidora e Diretora da Escola Judicial do TRT/MG
RODRIGO CÂNDIDO RODRIGUES - Juiz Coordenador Acadêmico da
Escola Judicial do TRT/MG
DENISE ALVES HORTA - Desembargadora Coordenadora da Revista
do TRT/MG
MARCEL LOPES MACHADO - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG
LEONARDO TIBO BARBOSA LIMA - Juiz Coordenador da Revista do
TRT/MG
LUIZ EVARISTO OSÓRIO BARBOSA - Juiz Coordenador da Revista do
TRT/MG
JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA - Ministro do TST
MAURICIO GODINHO DELGADO - Ministro do TST
AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR - Desembargador do TRT/MS
BIANCA BASTOS - Desembargadora do TRT/SP
CÁSSIO COLOMBO FILHO - Desembargador do TRT/PR
GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO - Desembargador do TRT/MA
MÁRCIO TÚLIO VIANA - Desembargador aposentado do TRT/MG
SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA - Desembargador do TRT/MG
TAISA MARIA MACENA DE LIMA - Desembargadora do TRT/MG
ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS - Juiz Titular do TRT/MG
MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT - Juíza Titular
do TRT/MG
ADRIÁN GOLDIN - Professor Plenário na Universidad San Andrés -
Argentina
ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU - Catedrático de Derecho del
Trabajo en la Universidad de Castilla-La Mancha - Espanha
GIANCARLO PERONE - Professor Ordinário de Diritto Del Lavoro
nella Università di Roma Tor Vergata - Itália
MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II -
Panthéon - Assas - França

LINHA EDITORIAL E OBJETIVOS DA REVISTA DO TRT/MG

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região destina-se a todos que se interessam pelo Direito do Trabalho e pelo Processo do Trabalho examinados sob diversos pontos de vista (pluralismo de ideias) e mediante objeto amplo e valorização da interdisciplinaridade científica e jurídica.

Trata-se de periódico jurídico destinado à difusão e ao aprofundamento de vasto espectro de matérias vinculadas ao mundo do trabalho e às relações daí decorrentes. Isso significa que inúmeros temas estão compreendidos em sua linha editorial. A título meramente ilustrativo, citam-se: o Direito Constitucional, em todos os vieses que dizem respeito às proteções jurídicas constitucionais à pessoa humana, à sua dignidade e aos direitos fundamentais trabalhistas, bem como ao valor social do trabalho; o Direito do Trabalho, em suas dimensões individual e coletiva; o Direito Processual do Trabalho, em todos os seus matizes, inclusive em aspectos metaindividuais e correlacionados ao Direito Processual Civil e à busca de efetividade mediante institutos consagrados pela Política Judiciária Nacional; o Direito Civil, que disciplina as relações privadas e inúmeros institutos jurídicos presentes no contexto da relação de trabalho; o Direito Empresarial e sua interdependência com o mundo do trabalho, de modo a abarcar as inúmeras questões jurídicas decorrentes da figura do empregador, bem como os fatos comuns às empresas, tais como efeitos trabalhistas provocados por falência, recuperação judicial e extrajudicial, repercussões geradas por modificação da sua estrutura jurídica e responsabilidade de seus sócios; o Direito Ambiental, no que diz respeito ao meio ambiente do trabalho, que deve ser saudável e seguro; o Direito Tributário, de modo a se considerar as consequências fiscais

decorrentes da relação de trabalho (como, por exemplo, a incidência de contribuições previdenciárias e de imposto de renda, a aplicação de multas por descumprimento da legislação trabalhista); o Direito Previdenciário e suas particularidades quanto aos benefícios sociais cujo fato gerador esteja vinculado à relação de trabalho; o Direito Penal, no que concerne aos delitos decorrentes da relação de trabalho; o Direito Administrativo, quanto à licitude das modalidades de trabalho existentes nos entes da Administração Pública direta e indireta, bem assim questões do regime jurídico-administrativo que envolvam a relação de trabalho; o Direito Internacional, considerando a proteção internacional ao trabalhador materializada em tratados, convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho e em diretrizes e normas emanadas de demais sujeitos e atores internacionais, assim como temas relativos a mecanismos de solução internacional de conflitos trabalhistas.

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região tem como objetivo a ampla divulgação das decisões judiciais exaradas pelos órgãos da Justiça do Trabalho mineira, além da disseminação de pensamentos doutrinários nacionais e internacionais atinentes ao mundo do trabalho com vistas a promover o aperfeiçoamento dos operadores do Direito e a proporcionar maior difusão de conhecimentos para a construção dos valores da justiça social, do Estado Democrático de Direito e para a efetiva concretização dos direitos fundamentais trabalhistas.

O periódico surgiu em 1965, no interior de um dos mais antigos tribunais regionais do trabalho do país, sendo incorporado pela mais antiga Escola Judicial trabalhista do país - a do TRT/MG - de modo a guardar indissociável e importante relação com a evolução histórica da Justiça do Trabalho em Minas Gerais e da Escola Judicial dessa instituição. Em decorrência de sua longevidade, a obra passou por uma multiplicidade de fases editoriais ao longo de sua existência, constituindo importante fonte de pesquisa histórica quanto à evolução e ao desenvolvimento da relação de trabalho no Brasil.

Com o intuito de aprofundar a pesquisa jurídico-científica, a *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* pretende abordar, juntamente com a temática garantida em sua linha editorial, assuntos específicos em cada uma de suas edições que, em virtude de sua contemporaneidade e importância, demandem mais ênfase dos estudiosos em determinado tempo e espaço.

Em virtude da constante busca de aperfeiçoamento da qualidade de seu conteúdo, doutrinas do periódico do TRT/MG vêm sendo citadas em julgamentos importantes, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

A edição da Revista é semestral e há normas editoriais próprias para publicação, que estão divulgadas tanto nos exemplares físicos quanto no endereço eletrônico <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/Normas-publicacao-na-Revista-TRT3-e-Termo-para-Assinatura.pdf>.

O acervo da Revista encontra-se disponível para consulta por meio impresso na Biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, localizada na Rua Curitiba, 835 - 3º andar - Centro - Belo Horizonte.

Todos os interessados têm acesso gratuito ao formato digital da Revista, a partir do número 69, no endereço eletrônico <http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm#estante>.

Contato

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Escola Judicial

Av. Contorno, 4.631 - 10º andar

Belo Horizonte - MG - Brasil

CEP: 30110-027

Telefone: 55 (31) 3228-7169

E-mail: revista@trt3.jus.br

Site: <http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm>

EDITORIAL LINE AND OBJECTIVES OF THE REVISTA DO TRT/MG

The Journal of the Regional Labour Court 3rd Region, named *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* is intended for all who are interested in Labour Law and Labour Procedural Law, both subjects examined from different points of view and by broad object and valuation of legal interdisciplinarity.

It is a legal periodical designed to disseminate and deepen the broad spectrum of issues linked to the world of work and the resulting relations. This means that numerous topics are included in our editorial line. By the way of illustration only: the Constitutional Law, in all relevant biases concerning the constitutional legal protections of human persons, their dignity and fundamental labor rights, as well as the social value of work; the Labor Law, in its individual and collective dimensions; the Labor Procedural Law, in all its aspects, especially in its correlation with the Civil Procedural law, in its search for effectiveness through institutes of the Brazilian judicial policy; the Civil Law that disciplines private relations and several of the legal institutes found in labor relations, specifically in the context of the employment relationship; the Corporate Law and its interdependence with the world of salaried labor, covering the facts that affect companies and jobs, such as the effects of judicial and extrajudicial recovery, bankruptcy, liability of the partners etc; the Environmental Law, with respect to the environment of work, which should be healthy and safe; the Tax Law when considering the tax consequences arising from the employment relationship, such as the payment of social security contributions and income tax, the application of fines for non-compliance with labor legislation; the Social Security Law and its particularities regarding social benefits whose generating event is

linked to the employment relationship; the Criminal Law, with respect to crimes arising from the employment relationship; the Administrative Law, regarding the lawfulness of the working modalities present in the direct and indirect Public Administration, as well as the questions of the administrative juridical regime concerning labor relations; the International Law based on the international protection of the worker materialized in treaties, conventions and recommendations of the International Labor Organization (ILO) and in guidelines and norms emanating from other international subjects and actors, as well as issues related to mechanisms for the international solution of labor conflicts.

The objectives of this journal are the dissemination of judicial decisions made by the labor justice agencies of Minas Gerais, as well as the dissemination of national and international doctrinal studies seeking the improvement of the operators of the Law. In summary, this journal seeks to provide a greater diffusion of knowledge for the construction of the values of social justice, the Democratic State of Law and for the effective realization of fundamental labor rights.

This journal appeared in 1965, inside one of the oldest regional labor courts in our country, and was incorporated by the oldest Brazilian Labor Judicial School - of the TRT/MG. As a result of its longevity, the work has undergone a multiplicity of editorial phases throughout its existence, constituting an important source of historical research regarding the evolution and development of the working relationship in Brazil.

With the intention of deepening the legal-scientific research, the *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* intends to approach, along with the theme guaranteed in its editorial line, specific themes in each one of its editions, due to its contemporaneity and importance to its target public.

The constant improvement of its technical content has borne fruit, so much that texts (doctrines and essays) published here have already been quoted, including by our Supreme Court (STF) on more than one occasion.

Our Journal is published every six months and there are editorial standards for publication, which are published both in the physical copies and in the electronic address <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/Normas-publicacao-na-Revista-TRT3-e-Termo-para-Assinatura.pdf>.

The collection of this Journal is available for consultation by means of a printed form in the Library of the Regional Labor Court, located at Rua Curitiba, 835 - 3º andar - Centro - Belo Horizonte.

All interested parties have free access to the *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*'s digital format, starting at number 69, at the electronic address <http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm#estante>.

Contact

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Escola Judicial
(Regional Labour Court of the 3rd Region - Judicial School)

Av. Contorno, 4.631 - 10º andar

Belo Horizonte - MG - Brazil

CEP: 30110-027

Phone: 55 (31) 3228-7169

E-mail address: revista@trt3.jus.br

Site: <http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm>

PARECERISTAS QUE ATUARAM NESTA EDIÇÃO

ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desembargador do TRT/RS. Professor da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho.

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR - Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-Pt. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Lus Gentium Conimbrigae - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho - Prisma. Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Professor Convidado em Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Membro da International Association of Procedural Law - IAPL. Membro da International Bar Association - IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Associado Efetivo da Associação de Direito e Economia Europeia - ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB-MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB-MG. Líder do Grupo de Pesquisa "Processo Civil e Desenvolvimento" (UFRRJ/CNPQ). Autor de diversas obras no Brasil e no exterior. Advogado, Parecerista e Consultor Jurídico.

ARIEL STOPASSOLA - Advogado. Pós-graduado em Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul. Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Presidente da OAB/RS - Subseção de Canela/Gramado no triênio 2013/2015. Vice-presidente da mesma Subseção no triênio 2016/2018 e Conselheiro Subseccional no triênio 2019/2021. Advogado militante na Justiça do Trabalho. Membro da AGETRA - Associação Gaúcha de Advogados Trabalhistas.

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA - Formado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, ano 1970, e licenciado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, do Oeste de Minas, ano 1970; Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho nas Faculdades de Direito da UFMG, a partir de 1985, e a partir de 1999 da UnB; Juiz do Trabalho a partir de junho/1979; Desembargador do TRT a partir de 1993; Ministro do TST a partir de junho de 1998; Diretor da ENAMAT de 2007 a 2009; Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho de 2009/2011; Conselheiro do CNJ de 2011/2013; Presidente do TST de 2013/2014; Ministro Aposentado; Advogado; Membro Efetivo da Academia Nacional de Direito do Trabalho, cadeira 35.

DEILTON RIBEIRO BRASIL - Pesquisador visitante na University of Ljubljana e Università di Pisa (Eslovênia-Itália, 2017). Pós-doutor em Direito na Università degli Studi di Messina (Itália, 2015-2016). Pós-doutor em Direito Ambiental no CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2014-2015). Pós-doutor em Direito Constitucional junto ao Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2013-2014). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ (área de concentração em Estado e Direito: internacionalização e regulação) (2006-2010). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG (área de concentração em Direito Empresarial) (1998-2001). Especialista pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Direito Público (2002) e em Direito Civil (2003). Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - UIT (08/2016) e das Faculdades Santo Agostinho - FASA (02/2018).

HELDER SANTOS AMORIM - Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduado em Direito - UDF Centro Universitário. Procurador do Trabalho em Minas Gerais.

LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA - Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Adjunta da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais e membro do corpo permanente de professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Co-coordenadora da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora da área trabalhista da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ).

MARCELLA PAGANI - Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho/RJ. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

MARILU FREITAS - Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

PAULO FERNANDO DA SILVA SANTOS JÚNIOR - Especialista em Direito Constitucional pela Universidade CEUMA - MA. Juiz do Trabalho do TRT/MA.

ROBERTO WANDERLEY BRAGA - Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense - UPT. Especialista em Direito Civil (FIJ). Especialista em Direito - Ciências Jurídico-Processuais (FMSJC). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz do Trabalho do TRT da 22ª Região (PI). Ex-Auxiliar da Presidência. Coordenador de EAD da EJUD22 (2017-2018). Professor - Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE. Professor convidado em cursos de Pós-graduação.

PARECERISTAS DA REVISTA DO TRT 3ª REGIÃO

PARECERISTAS NACIONAIS

ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desembargador do TRT/RS. Professor da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho.

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES - Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito do Consumo e em Direito do Trabalho. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Adjunto IV da PUC Minas. Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho.

ANA ELISA CORTELETTI PEDROSA - Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Analista Judiciária do TRT/MG.

ANA PAULA REPOLÊS TORRES - Doutora em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio pós-doutoral na mesma instituição. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Observatório da Justiça Brasileira - OJB/UFMG(2012-2013). Analista Judiciária do TRT/MG.

ANA VIRGÍNIA MOREIRA GOMES - Professora do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. LL.M na Faculdade de Direito da University of Toronto. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e Pós-Doutora na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University. Foi pesquisadora no Centre for Law in the Contemporary Workplace, Queen's University, Canadá e professora adjunta na Ted Rogers School of Management, Ryerson University, Canadá. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social na Universidade de Fortaleza.

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR - Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-Pt. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Lus Gentium Conimbrigae - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho - Prisma. Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Professor Convidado em Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Membro da International Association of Procedural Law - IAPL. Membro da International Bar Association - IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Associado Efetivo da Associação de Direito e Economia Europeia - ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB-MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB-MG. Líder do Grupo de Pesquisa "Processo Civil e Desenvolvimento" (UFRRJ/CNPQ). Autor de diversas obras no Brasil e no exterior. Advogado, Parecerista e Consultor Jurídico.

ARIEL STOPASSOLA - Advogado. Pós-graduado em Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul. Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Presidente da OAB/RS - Subseção de Canela/Gramado no triênio 2013/2015. Vice-presidente da mesma Subseção no triênio 2016/2018 e Conselheiro Subseccional no triênio 2019/2021. Advogado militante na Justiça do Trabalho. Membro da AGETRA - Associação Gaúcha de Advogados Trabalhistas.

BÁRBARA NATÁLIA LAGES LOBO - Doutora e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Autora do livro "O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira"- 2ª edição. Professora Assistente na Pós-graduação de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual do Instituto de Educação Continuada - IEC - PUC Minas. Atuou como professora Assistente de Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Teoria Geral do Direito, Direito Financeiro e Finanças Públicas, Direito Tributário e Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Prática Jurídica e Teoria da Constituição da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora visitante nas Pós-graduações em Direito Público, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Licitações e Contratos Administrativos, Fiscalização e Legislação Tributária e MBA em Gestão Tributária no Centro Universitário UNA e UNI-BH. Foi professora assistente de Direito Constitucional, Direito Econômico e Ações Constitucionais do programa de Graduação Faculdade Pitágoras. Pesquisadora dos grupos de pesquisa

“Efetividade e crise dos direitos fundamentais” e do “Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo”. Tutora e conteudista de ensino a distância em cursos ministrados pelo Conselho Nacional de Justiça.

CANDY FLORÊNCIO THOME - Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Doutora em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Pesquisadora pós-doutorada pela Universidad de Córdoba e pós-doutorada da rede Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano/ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Universidad Católica Silva Henríquez/Universidad de Manizales/Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica. Master em Direitos Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Juíza Titular do Trabalho do TRT da 15ª Região (2ª Vara do Trabalho de Sorocaba). Professora da Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho na Fundação Getúlio Vargas (GVLaw).

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA - Formado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, ano 1970, e licenciado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, do Oeste de Minas, ano 1970; Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho nas Faculdades de Direito da UFMG, a partir de 1985, e a partir de 1999 da UnB; Juiz do Trabalho a partir de junho/1979; Desembargador do TRT a partir de 1993; Ministro do TST a partir de junho de 1998; Diretor da ENAMAT de 2007 a 2009; Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho de 2009/2011; Conselheiro do CNJ de 2011/2013; Presidente do TST de 2013/2014; Ministro Aposentado; Advogado; Membro Efetivo da Academia Nacional de Direito do Trabalho, cadeira 35.

CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS - Professor Titular do Centro Universitário UDF, em Brasília. Pós-doutor Multidisciplinar em Ciências Sociais, Humanidades e Artes do Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017). Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região). Professor do Curso de Pós-graduação *lato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campinas). Professor Convidado dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP - RP); da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Escola Superior da Advocacia (ESA). Membro do Conselho Acadêmico e Professor da Escola da Associação dos Magistrados da 15ª Região (ESMAT).

CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR - Mestre em Direito pela Universitat de Valencia - Espanha. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Desembargador do TRT/MG.

CHRISTIANA D'ARC DAMASCENO OLIVEIRA ANDRADE SANDIM - Master em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre - UFAC. Foi Auditora Fiscal do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego - MTE (Rio Grande do Sul, 2004). Membro do Conselho Pedagógico da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (AC e RO - biênio 2011/2012). Membro do Conselho Editorial da Revista do TRT 14 (biênio 2011/2012). Professora convidada da Escola Judicial do TRT 14 (2009/2014). Diretora da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 14ª Região, ESMATRA14 (2013/2015). Membro da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho (ALJT). Membro (Pesquisador) do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (IBDSCJ). Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região - TRT 14, desde 2004. Membro da Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista, vinculada ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), desde abril de 2014. Autora de livro e de artigos publicados em obras coletivas e periódicos jurídicos especializados do país.

DEILTON RIBEIRO BRASIL - Pesquisador visitante na University of Ljubljana e Università di Pisa (Eslovênia-Itália, 2017). Pós-doutor em Direito na Università degli Studi di Messina (Itália, 2015-2016). Pós-doutor em Direito Ambiental no CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2014-2015). Pós-doutor em Direito Constitucional junto ao Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2013-2014). Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ (área de concentração em Estado e Direito: internacionalização e regulação) (2006-2010). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG (área de concentração em Direito Empresarial) (1998-2001). Especialista pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Direito Público (2002) e em Direito Civil (2003). Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - UIT (08/2016) e das Faculdades Santo Agostinho - FASA (02/2018).

ELAINE NORONHA NASSIF - Doutora em Direito Processual pela PUC Minas e em Direito Público pela Universidade “La Sapienza” de Roma. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Procuradora do Trabalho na PRT3. Docente na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Membro do Conselho Editorial - Parecerista da ESMPU. Tradutora de “Instituições de Direito Processual”, do Prof. Elio Fazzalari, e “Gomorra”, de Roberto Saviano. Autora de diversos livros, entre eles “Fundamentos da Flexibilização” e “Conciliação Judicial”.

GILSILENE PASSON PICORETTI FRANCISCETTO - Pós-doutora em Ciências Sociais pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra(2008). Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduanda em Docência do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduação em Pedagogia pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Professora titular na graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

HELDER SANTOS AMORIM - Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduado em Direito - UDF Centro Universitário. Procurador do Trabalho em Minas Gerais.

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS - Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca, Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/PR. Coordenador e professor do curso de pós-graduação em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Escola dos Magistrados do Trabalho do Paraná.

JULIANA WULFING - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. Professora Adjunta II, lotada no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

LEANDRO KREBS GONÇALVES - Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, convocado para o Gabinete Extraordinário da Corregedoria Regional do TRT da 4ª Região. Integrante eleito para a Comissão de Jurisprudência do TRT da 4ª Região. Acadêmico Titular da Cadeira n. 22 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Membro de Comissões Examinadoras de Concursos Públicos para Ingresso na Carreira da Magistratura do Trabalho.

LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA - Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Adjunta da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais e membro do corpo permanente de professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Co-coordenadora da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora da área trabalhista da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ).

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO - Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Cursos de Pós-graduação e da Escola Judicial da AMATRA do Paraná. Juíza do Trabalho do TRT/PR.

LUTIANA NACUR LORENTZ - Doutora em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Direito de Estado pelo IEC PUC Minas. Graduada em Direito pela PUC Minas. Procuradora do Ministério Público da União/Ministério Público do Trabalho. Autora de livros individuais e articulista. Pesquisadora, principalmente, dos seguintes temas: a norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência; métodos extrajudiciais e judiciais de solução de conflitos do direito processual do trabalho e civil. Ganhadora, por duas vezes, do Prêmio Evaristo de Moraes Filho. Participante da banca examinadora do concurso para Juiz do Trabalho no TRT - 3ª Região. Participante como palestrante do III Simpósio Nacional de Direito do Trabalho em 2010, evento promovido pelos Ministros do E. TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho e Ministro Mauricio Godinho Delgado.

MARCELLA PAGANI - Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho/RJ. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

MÁRCIO FLÁVIO SALEM VIDIGAL - Doutor em Autonomia Individuale e Autonomia Collettiva na Universidade de Roma II - Tor Vergata - Itália. Doutor em Direito. Especialista em Direito do Trabalho - Materialidade, Instrumentalidade e Efetividade. Desembargador do TRT/MG.

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE - Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata". Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza", revalidado

pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR). Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Catarina, licenciado sem remuneração, a próprio pedido, de julho de 2016 a julho de 2018. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Professor do UNINTER. Diretor Cultural e Ex-Diretor Administrativo e Ex-Conselheiro Geral do Instituto dos Advogados do Paraná. Selecionado pela Secretaria do MERCOSUL em 15 de dezembro de 2005 como Consultor do MERCOSUL para elaborar legislação sobre a Livre Circulação de Mão de Obra no MERCOSUL (2005/2006). Advogado.

MARIA CECÍLIA MÁXIMO TEODORO - Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP - Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho do Programa de Pós-graduação em Direito e da Graduação da PUC Minas e membro reeleita do Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas para o triênio 2014/2016; Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidade Externado da Colômbia. Pesquisadora. Autora de livros e artigos.

MARILU FREITAS - Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

MÔNICA SETTE LOPES - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais onde leciona nos cursos de graduação e de pós-graduação. Produtora e apresentadora do programa “Direito é música”, transmitido pela Rádio UFMG, pela Rádio Justiça, pela Rádio Nacional-AM de Brasília e pela Rádio Cultura de Joinville (105FM). Professora residente do Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da Universidade Federal de Minas Gerais no período de março de 2009 a fevereiro de 2010. Professora visitante da Université Laval/Quebec/Canadá. Desembargadora (aposentada) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN - Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia. Pós-Doutora na Superintendência de Educação e Pesquisa da Fundação Carlos Chagas. Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Conceito CAPES 5). Líder dos grupos de pesquisa “O Direito do Trabalho como instrumento de cidadania e limite ao poder econômico”; “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos”. Participou do Projeto de Inclusão Social Urbana “Nós do Centro” em uma parceria entre a Prefeitura de São Paulo, a União Europeia e a Universidade Mackenzie. Participou do projeto de pesquisa, financiado pelo CNPq, “Da exclusão social no acesso ao emprego à inserção excluída: divisão sexual do trabalho de mulheres na indústria têxtil”, no âmbito do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do Projeto “Feminicídio: quando a desigualdade de gênero mata”, financiado pelo CNPq.

PAULO FERNANDO DA SILVA SANTOS JÚNIOR - Especialista em Direito Constitucional pela Universidade CEUMA - MA. Juiz do Trabalho do TRT/MA.

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI - Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e membro do corpo permanente de professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu o Pós-Doutorado junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, com bolsa CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado - Sanduíche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo. É coordenador do Diverso UFMG - Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero.

ROBERTO WANDERLEY BRAGA - Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense - UPT. Especialista em Direito Civil (FIJ). Especialista em Direito - Ciências Jurídico-Processuais (FMSJC). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz do Trabalho do TRT da 22ª Região (PI). Ex-Auxiliar da Presidência. Coordenador de EAD da EJUD22 (2017-2018). Professor - Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE. Professor convidado em cursos de Pós-graduação.

RODRIGO GARCIA SCHWARZ - Professor Permanente do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), com estágios pós-doutorais no Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano e na Universidad de Manizales, Doutor em Direito (Direito do Estado) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor em Direito (Direito do Trabalho e da Seguridade Social) pela Universidad de Castilla-La Mancha e Doutor em História (História Social) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Titular da 8ª Vara do Trabalho de Guarulhos (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo), Membro do Corpo Docente da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Membro da Comissão Estadual para a Erradicação do Trabalho Escravo (Estado de São Paulo).

RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA - Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília. Advogada.

THEREZA CHRISTINA NAHAS - Doutora em Derecho del Trabajo y Trabajo Social pela Escola Internacional da Universidad de Castilla-La Mancha. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Derecho del Trabajo y Trabajo Social pela Universidad de Castilla-La Mancha. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília. Professora convidada da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região. Pesquisadora convidada na Facultad de Relaciones Laborales da Universidad de Castilla-La Mancha. Professora Doutora - convidada no COGEA - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra (TRT - 2ª Região).

WÂNIA GUIMARÃES RABÊLLO DE ALMEIDA - Pós-doutora em Ciencias Sociales, Humanidades y Artes (Posdoctorado del CEA: ciclo especial - "El trabajo en el contexto de los derechos humanos: Derecho, Economía, Historia" - Universidad Nacional de Córdoba. Doutora e Mestra em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresas pela Fundação Dom Cabral. Graduada pela PUC Minas. Advogada. Professora de Direito do Trabalho, Processo Coletivo do Trabalho e Direito Constitucional do Trabalho.

PARECERISTAS INTERNACIONAIS

GIUSEPPE LUDOVICO - Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Milão.

JEAN CLAUDE JAVILLIER - Professor da Universidade de Paris 2 (Panthéon-Assas).

JOAQUÍN PEREZ REY - Professor da Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha).

ROSINA ROSSI - Professora da Universidad de la República (Uruguai).

T RIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA TERCEIRA REGIÃO

BIÊNIO: 2018 / 2019

Cargos de Direção

Marcus Moura Ferreira
Desembargador Presidente

Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador 1º Vice-Presidente

Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargadora 2ª Vice-Presidente

Rogério Valle Ferreira
Desembargador Corregedor

Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador Vice-Corregedor

Turmas

Primeira Turma

Desembargadores

Maria Cecília Alves Pinto - Presidente
Luiz Otávio Linhares Renault
Emerson José Alves Lage
José Eduardo de Resende Chaves Júnior

Segunda Turma

Desembargadores

Sebastião Geraldo de Oliveira - Presidente
Jales Valadão Cardoso
Maristela Íris da Silva Malheiros
Lucas Vanucci Lins

Terceira Turma

Desembargadores

Milton Vasques Thibau de Almeida - Presidente
Emília Facchini
Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Luís Felipe Lopes Boson

Quarta Turma

Desembargadores

Denise Alves Horta - Presidente
Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Paulo Chaves Corrêa Filho
Paula Oliveira Cantelli

Quinta Turma

Desembargadores

Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes - Presidente
Júlio Bernardo do Carmo
Paulo Maurício Ribeiro Pires
Manoel Barbosa da Silva

Sexta Turma

Desembargadores

José Murilo de Moraes - Presidente
Anemar Pereira Amaral
César Pereira da Silva Machado Júnior
Jorge Berg de Mendonça

Sétima Turma

Desembargadores

Marcelo Lamego Pertence - Presidente
Paulo Roberto de Castro
Fernando Antônio Viégas Peixoto
Cristiana Maria Valadares Fenelon

Oitava Turma

Desembargadores

Márcio Ribeiro do Valle - Presidente
Sércio da Silva Peçanha
Ana Maria Amorim Rebouças
José Marlon de Freitas

Nona Turma

Desembargadores

Ricardo Antônio Mohallem - Presidente
João Bosco Pinto Lara
Maria Stela Álvares da Silva Campos
Rodrigo Ribeiro Bueno

Décima Turma

Desembargadores

Rosemary de Oliveira Pires - Presidente
Maria Laura Franco Lima de Faria
Taisa Maria Macena de Lima
Adriana Goulart de Sena Orsini

Décima Primeira Turma

Desembargadores

Luiz Antônio de Paula Iennaco - Presidente
Juliana Vignoli Cordeiro
Marco Antônio Paulinelli de Carvalho
Weber Leite Magalhães Pinto Filho

Órgão Especial

Desembargador Marcus Moura Ferreira (Presidente)
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal (1º Vice-Presidente)
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida (2ª Vice-Presidente)
Desembargador Rogério Valle Ferreira (Corregedor)
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto (Vice-Corregedor)
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador Sércio da Silva Peçanha
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro

Seção Especializada de Dissídios Coletivos (SDC)

Desembargador Marcus Moura Ferreira - Presidente
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

1ª Seção Especializada de Dissídios Individuais (1ª SDI)

Desembargador Marcelo Lamego Pertence - Presidente
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Jales Valadão Cardoso
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos
Desembargador Sérgio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargador Manoel Barbosa da Silva
Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros
Desembargador Lucas Vanucci Lins
Desembargadora Paula Oliveira Cantelli
Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro
Desembargador Marco Antônio Paulinelli de Carvalho
Desembargador Weber Leite de Magalhães Pinto Filho

2ª Seção Especializada de Dissídios Individuais (2ª SDI)

Desembargador José Murilo de Moraes - Presidente
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior
Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho
Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco
Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima
Desembargador Luís Felipe Lopes Boson
Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida
Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires
Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno

Diretor-Geral: Douglas Eros Pereira Rangel

Diretora Judiciária: Telma Lúcia Bretz Pereira

Secretária-Geral da Presidência: Ludmila Pinto da Silva

Varas do Trabalho
TRT/ 3ª Região
Minas Gerais

1ª Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
2ª Vara de Alfenas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Almenara	Luciana de Carvalho Rodrigues
Vara de Araçuaí	Júnia Márcia Marra Turra
1ª Vara de Araguari	Tânia Mara Guimarães Pena
2ª Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Vinício Mendes Campos de Carvalho
1ª Vara de Barbacena	Anselmo José Alves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
1ª Vara de Belo Horizonte	Paula Borlido Haddad
2ª Vara de Belo Horizonte	Maria José Castro Baptista de Oliveira
3ª Vara de Belo Horizonte	Silene Cunha de Oliveira
4ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Emílio Vilhena da Silva
5ª Vara de Belo Horizonte	Jésser Gonçalves Pacheco
6ª Vara de Belo Horizonte	Alexandre Wagner de Morais Albuquerque
7ª Vara de Belo Horizonte	Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
8ª Vara de Belo Horizonte	Cristina Adelaide Custódio
9ª Vara de Belo Horizonte	Érica Aparecida Pires Bessa
10ª Vara de Belo Horizonte	Vaga
11ª Vara de Belo Horizonte	Érica Martins Júdice
12ª Vara de Belo Horizonte	Vitor Salino de Moura Eça
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
15ª Vara de Belo Horizonte	Gastão Fabiano Piazza Júnior
16ª Vara de Belo Horizonte	Flávia Cristina Rossi Dutra
17ª Vara de Belo Horizonte	Helder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Ribeiro
19ª Vara de Belo Horizonte	Leonardo Passos Ferreira
20ª Vara de Belo Horizonte	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
21ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Márcio José Zebende
24ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
25ª Vara de Belo Horizonte	Maria Tereza da Costa Machado Leão
26ª Vara de Belo Horizonte	Laudenicy Moreira de Abreu
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues

29ª Vara de Belo Horizonte	André Figueiredo Dutra
30ª Vara de Belo Horizonte	Clarice dos Santos Castro
31ª Vara de Belo Horizonte	Marcos César Leão
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Fróes Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Márcio Toledo Gonçalves
34ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
35ª Vara de Belo Horizonte	Marco Túlio Machado Santos
36ª Vara de Belo Horizonte	Flânio Antônio Campos Vieira
37ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Espi Cavalcanti
38ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
39ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Alves Viotti
40ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
41ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
42ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
43ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
44ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
45ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
46ª Vara de Belo Horizonte	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
47ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
48ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
1ª Vara de Betim	June Bayão Gomes Guerra
2ª Vara de Betim	Karla Santuchi
3ª Vara de Betim	Daniel Gomide Souza
4ª Vara de Betim	Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
5ª Vara de Betim	Renata Lopes Vale
6ª Vara de Betim	Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Vara de Bom Despacho	Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
Vara de Caratinga	Jônatas Rodrigues de Freitas
Vara de Cataguases	Luiz Olympio Brandão Vidal
Vara de Caxambu	Agnaldo Amado Filho
Vara de Congonhas	Felipe Clímaco Heineck
Vara de Conselheiro Lafaiete	Márcio Roberto Tostes Franco
1ª Vara de Contagem	Fabiano de Abreu Pfeilsticker
2ª Vara de Contagem	Marcelo Oliveira da Silva
3ª Vara de Contagem	Fabiana Alves Marra
4ª Vara de Contagem	Walder de Brito Barbosa
5ª Vara de Contagem	Cristiana Soares Campos
6ª Vara de Contagem	João Roberto Borges
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Daniel Cordeiro Gazola
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Raíssa Rodrigues Gomide
3ª Vara de Coronel Fabriciano	José Barbosa Neto Fonseca Suett
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti

Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira
Vara de Diamantina	Edson Ferreira de Souza Júnior
1ª Vara de Divinópolis	Marina Caixeta Braga
2ª Vara de Divinópolis	Bruno Alves Rodrigues
1ª Vara de Formiga	Raquel Fernandes Lage
2ª Vara de Formiga	Marco Antônio Silveira
Vara de Frutal	Thaís Santana Souza Schneider
1ª Vara de Governador Valadares	Fernando Rotondo Rocha
2ª Vara de Governador Valadares	Renata Batista Pinto Coelho Fróes de Aguiar
3ª Vara de Governador Valadares	Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
Vara de Guanhães	Ana Carolina Simões Silveira
Vara de Guaxupé	Anselmo Bosco dos Santos
1ª Vara de Itabira	Cristiano Daniel Muzzi
2ª Vara de Itabira	Adriano Antônio Borges
Vara de Itajubá	Cláudia Rocha Welterlin
Vara de Itaúna	Valmir Inácio Vieira
1ª Vara de Ituiutaba	Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
2ª Vara de Ituiutaba	Celso Alves Magalhães
Vara de Iturama	Melania Medeiros dos Santos Vieira
Vara de Januária	Neurisvan Alves Lacerda
1ª Vara de João Monlevade	Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
2ª Vara de João Monlevade	Ronaldo Antônio Messeder Filho
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Fernando César da Fonseca
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Tarcísio Corrêa de Brito
Vara de Lavras	Christianne de Oliveira Lansky
Vara de Manhuaçu	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Monte Azul	Carlos Adriano Dani Lebourg
1ª Vara de Montes Claros	Rosa Dias Godrim
2ª Vara de Montes Claros	Júlio César Cangussu Souto
3ª Vara de Montes Claros	Daniela Torres Conceição
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	José Ricardo Dily
1ª Vara de Nova Lima	Mauro César Silva
2ª Vara de Nova Lima	Vicente de Paula Maciel Júnior
Vara de Ouro Preto	Graça Maria Borges de Freitas
Vara de Pará de Minas	Luciana Nascimento dos Santos
Vara de Paracatu	Cláudia Eunice Rodrigues
1ª Vara de Passos	Geraldo Hélio Leal
2ª Vara de Passos	Maria Raimunda Moraes

Vara de Patos de Minas	Ordenísio César dos Santos
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
1ª Vara de Pedro Leopoldo	Maria Irene Silva de Castro Coelho
2ª Vara de Pedro Leopoldo	Solange Barbosa de Castro Amaral
Vara de Pirapora	Andréa Rodrigues de Moraes
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Ézio Martins Cabral Júnior
1ª Vara de Pouso Alegre	Ana Paula Costa Guerzoni
2ª Vara de Pouso Alegre	Eliane Magalhães de Oliveira
3ª Vara de Pouso Alegre	Andréa Marinho Moreira Teixeira
Vara de Ribeirão das Neves	Maritza Eliane Isidoro
Vara de Sabará	Marcelo Moura Ferreira
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Edmar Souza Salgado
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Adriana Farnesi e Silva
1ª Vara de Sete Lagoas	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Sete Lagoas	Rosângela Alves da Silva Paiva
3ª Vara de Sete Lagoas	Cleber José de Freitas
Vara de Teófilo Otoni	Juliana Campos Ferro Lage
Vara de Três Corações	Júlio Corrêa de Melo Neto
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Cleyonara Campos Vieira Vilela
2ª Vara de Uberaba	Henrique Alves Vilela
3ª Vara de Uberaba	Alexandre Chibante Martins
4ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
1ª Vara de Uberlândia	Marco Aurélio Marsiglia Treviso
2ª Vara de Uberlândia	Marcel Lopes Machado
3ª Vara de Uberlândia	João Rodrigues Filho
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Moraes
5ª Vara de Uberlândia	Sheila Marfa Valério
6ª Vara de Uberlândia	Vaga
Vara de Unai	Geraldo Magela Melo
1ª Vara de Varginha	Henoc Piva
2ª Vara de Varginha	Leonardo Toledo de Resende
Viçosa	Luiz Cláudio dos Santos Viana

Juízes do Trabalho Substitutos

Adriano Marcos Soriano Lopes
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Gonçalves de Toledo
Alexandre Pimenta Batista Pereira
Alexandre Reis Pereira de Barros
Alfredo Massi
Aline Paula Bonna
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça
Ana Paula Toledo de Souza Leal
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
André Barbieri Aidar
André Luiz Maia Secco
André Vitor Araújo Chaves
Andréa Buttler
Andressa Batista de Oliveira
Ângela Maria Lobato Garios
Anielly Varnier Comério Menezes Silva
Anna Elisa Ferreira de Resende
Arlindo Cavalaro Neto
Augusto Pessoa de Mendonça e Alvarenga
Bruno Occhi
Camila César Corrêa
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carolina Lobato Goes de Araújo Barroso
Carolina Silva Silvino Assunção
Circe Oliveira Almeida Bretz
Daniel Chein Guimarães
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Daniella Cristiane Rodrigues Ferreira
Danusa Almeida Vinhas
Diego Alírio Oliveira Sabino
Ednaldo da Silva Lima
Élen Cristina Barbosa Senem
Emanuel Holanda Almeida
Fabiana Maria Soares
Fábio Gonzaga de Carvalho
Fabrício Lima Silva

Fernanda Cristine Nunes Teixeira
Fernanda Garcia Bulhões Araújo
Fernanda Radicchi Madeira
Fernando Saraiva Rocha
Filipe de Souza Sickert
Flávia Fonseca Parreira Storti
Francisco José dos Santos Júnior
Frederico Alves Bizzotto da Silveira
Glauco Rodrigues Becho
Hadma Christina Murta Campos
Haydee Priscila Pinto Coelho de Sant'ana
Helena Honda Rocha
Henrique de Souza Mota
Henrique Macedo de Oliveira
Isabella Silveira Bartoschik
Iuri Pereira Pinheiro
Jane Dias do Amaral
Jedson Marcos dos Santos Miranda
Jéssica Grazielle Andrade Martins
João Otávio Fidanza Frota
Jordana Duarte Silva
Josias Alves da Silveira Filho
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Lenício Lemos Pimentel
Leonardo Tibo Barbosa Lima
Lilian Piovesan Ponssoni
Liza Maria Cordeiro
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciano José de Oliveira
Luciléa Lages Dias Rodrigues
Luís Henrique Santiago Santos Rangel
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Fernando Gonçalves
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Manuela Duarte Boson Santos
Marcel Luiz Campos Rodrigues
Marcelo Alves Marcondes Pedrosa
Marcelo Marques
Marcelo Palma de Brito
Marcelo Soares Viegas
Marcos Vinícius Barroso
Maria José Rigotti Borges

Marisa Felisberto Pereira
Matheus Martins de Mattos
Murillo Franco Camargo
Nara Duarte Barroso Chaves
Natália Alves Resende Gonçalves
Natália Azevedo Sena
Nelsilene Leão de Carvalho Dupin
Nelson Henrique Rezende Pereira
Osmar Rodrigues Brandão
Patrícia Vieira Nunes de Carvalho
Pedro Guimarães Vieira
Pedro Mallet Kneipp
Pedro Paulo Ferreira
Priscila Rajão Cota Pacheco
Rafael Pazos Dias
Rafaela Campos Alves
Reinaldo de Souza Pinto
Renato de Paula Amado
Ricardo Gurgel Noronha
Ricardo Luís Oliveira Tupy
Rodrigo Cândido Rodrigues
Rosério Firmo
Samantha da Silva Hassem Borges
Sandra Carla Simamoto da Cunha
Sérgio Silveira Mourão
Simone Soares Bernardes
Sofia Fontes Regueira
Solainy Beltrão dos Santos
Stella Fiúza Cançado
Tatiana Carolina de Araújo
Tatiane David Luiz Faria
Thiago Saço Ferreira
Uilliam Frederic D'Lopes Carvalho
Ulysses de Abreu César
Vanderson Pereira de Oliveira
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Verena Sapucaia Silveira Gonzalez
Victor Luiz Berto Salomé Dutra da Silva
Vitor Martins Pombo
Walace Heleno Miranda de Alvarenga
Washington Timóteo Teixeira Neto
William Martins

SUMÁRIO

1 DOUTRINA

- ALGUNAS PRECISIONES SOBRE INTERMEDIACIÓN EN
MATERIA LABORAL=
SOME PRECISIONS ABOUT "LABOUR INTERMEDIATION"
Jorge Eliecer Manrique Villanueva, Sandra Lucia Tovar
Reyes 49
- A TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA: ASPECTOS RELEVANTES
E SEUS ATRASOS=
*OUTSOURCING AND REFORM: RELEVANTS ASPECTS AND
THEIR DELAYS*
Luiza Sabino Queiroz 81
- A TERCEIRIZAÇÃO E A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: OS EFEITOS DA DECISÃO SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO
DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO=
*THE OUTSOURCING AND THE VIEW OF THE SUPREME
FEDERAL COURT: THE EFFECTS OF THE DECISION
UNDERWARDS OF THE PRINCIPLE OF BACKWARD SEALING*
Luciano Ehlke Rodrigues, Rodrigo Thomazinho Comar 103
- A TERCEIRIZAÇÃO E O NOVO REQUISITO DA CAPACIDADE
ECONÔMICA DA EMPRESA PRESTADORA=
*THE OUTSOURCING AND THE NEW LEGAL REQUIREMENT
OF ECONOMIC CAPACITY OF THE COMPANY THAT PROVIDES
THE SERVICES*
Rafael da Silva Marques 123

<p>DA CONDIÇÃO DA MULHER EM CONTEXTO DE PRECARIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA= <i>THE CONDITION OF WOMEN IN THE CONTEXT OF PRECARISATION OF THE WORK</i> Ana Cecília de Oliveira Bitarães, Michel Carlos Rocha Santos.....</p>	139
<p>O TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO DOS BOLIVIANOS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO COMO FONTE DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO APÓS A LEI 13.429/2017= <i>THE WORK ANALOGOUS TO THE BOLIVIAN SCANDAL IN BRAZIL: A BRIEF ANALYSIS OF THE EXPANSION OF OUTSOURCING AS A SOURCE OF PRECARIOUS WORK AFTER THE LAW 13.429/2017</i> Amanda Eiras Testi</p>	165
<p>TERCEIRIZAÇÃO E REFORMA TRABALHISTA: POSSIBILIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO RESTRINGIR A TERCEIRIZAÇÃO= <i>OUTSOURCING AND LABOR REFORM: POSSIBILITY OF A COLLECTIVE INSTRUMENTAL CLAUSE OF RESTRICTING THE OUTSOURCING</i> Fabiane Nogueira Reis</p>	191
<p>TERCEIRIZAÇÃO, FLUIDEZ E DESIGUALDADE= <i>OUTSOURCING, FLUIDITY AND INEQUALITY</i> José Aparecido dos Santos</p>	227
<p>TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA: A MERCANTILIZAÇÃO DO SER HUMANO= <i>UNRESTRICTED OUTSOURCING: THE COMMODIFICATION OF THE HUMAN BEING</i> Gabriela Bins Gomes da Silva</p>	277

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A FISCALIZAÇÃO COMO DEVER JURÍDICO DO PODER PÚBLICO CONTRATANTE= <i>OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: THE INSPECTION AS A LEGAL DUTY OF THE CONTRACTING PUBLIC AUTHORITY</i> Lorena Lopes Freire Mendes	311
---	-----

TERCEIRIZAÇÃO: UMA VISÃO CRÍTICA= <i>OUTSOURCING: A CRITICAL VIEW</i> Tânia Regina Silva Reckziegel, Marcelo José Ferlin D'Ambroso	351
--	-----

2 DECISÃO PRECURSORA

TERCEIRIZAÇÃO - LICITUDE - ATIVIDADE-FIM	371
Decisão proferida no Processo 01019-2009-008-03-00-4 Relator: Desembargador Júlio Bernardo do Carmo Comentário: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho	

3 JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

Acórdãos sobre terceirização

TERCEIRIZAÇÃO - ADPF 324 - RE 958.252 Juliana Vignoli Cordeiro	395
---	-----

TERCEIRIZAÇÃO - LEI N. 13.429/2017 - ACORDO ENTRE AS PARTES - INEXISTÊNCIA Sércio da Silva Peçanha	405
---	-----

TERCEIRIZAÇÃO - LICITUDE - PROMOTOR DE VENDAS/ <i>MERCHANDISING</i> João Bosco Pinto Lara	419
---	-----

TERCEIRIZAÇÃO - RE 958.252 - SITUAÇÃO FÁTICA
Luiz Otávio Linhares Renault 424

TERCEIRIZAÇÃO - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE
EMPREGO - NOVA DECISÃO - IMPOSSIBILIDADE
Emerson José Alves Lage 435

TERCEIRIZAÇÃO - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE
EMPREGO - NOVA DECISÃO - POSSIBILIDADE
Sebastião Geraldo de Oliveira 445

TERCEIRIZAÇÃO - TEORIA DO *JOINT EMPLOYMENT*
José Eduardo de Resende Chaves Júnior 451

Acórdãos sobre assuntos diversos

ACORDO EXTRAJUDICIAL - HOMOLOGAÇÃO - EFEITOS
LIBERATÓRIOS
Maria Laura Franco Lima de Faria 467

ACORDO EXTRAJUDICIAL - HOMOLOGAÇÃO - TEORIA DA
CAUSA MADURA
Vitor Salino de Moura Eça 474

ESPÓLIO - UNIVERSALIDADE DE BENS - PENHORA NO ROSTO
DOS AUTOS
Taisa Maria Macena de Lima 480

Sentenças sobre terceirização

TERCEIRIZAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA - IMPROCEDÊNCIA
André Figueiredo Dutra 487

TERCEIRIZAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA
- IMPROCEDÊNCIA
Ednaldo da Silva Lima 493

TERCEIRIZAÇÃO - DECISÕES DO STF - RETROATIVIDADE Thiago Saco Ferreira	502
--	-----

Sentenças sobre assuntos diversos

ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL - GESTÃO POR ESTRESSE - <i>STRAINING</i> Geraldo Magela Melo	515
---	-----

REFORMA TRABALHISTA - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - CONSTITUCIONALIDADE Tarcísio Correa de Brito	539
--	-----

4 HOMENAGEM

UNIVERSO SOCIAL - UNIVERSO CÓSMICO	575
Juiz aposentado Heros de Campos Jardim Comentário: Desembargador aposentado Márcio Túlio Viana	

NORMAS EDITORIAIS	589
--------------------------------	------------

A PRESENTAÇÃO

A Revista n. 99 do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região traz a lume o tema da terceirização.

Embora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, em 30.08.2018, ser “lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim”, a matéria merece o destaque que lhe é dado nesta edição, em face dos seus impactos e desdobramentos, que implicam fatos sociais relevantes no amplo espectro do mundo do trabalho e se submetem à análise da doutrina conforme demonstra o acervo ora apresentado aos leitores, também sob o prisma do direito comparado.

A primeira parte da Revista é destinada a doutrinas que abrigam abordagens diversas sobre o tema terceirização, de modo a oferecer ao leitor leque extenso de possibilidades robustas para a formação de sua visão crítica.

A segunda parte contempla decisão precursora no TRT de Minas Gerais, seguida de minucioso comentário feito por magistrado da Corte, possibilitando ao leitor reunir elementos para situar a matéria no seu contexto evolutivo.

A parte seguinte remete a acórdãos e sentenças sobre terceirização e outros temas de interesse, de modo a retratar um amplo panorama favorável à pesquisa jurisprudencial.

A quarta e última parte destina-se a um espaço dedicado a revelações, novidades e homenagens. Neste número, destaca-se

como novidade histórica o artigo intitulado “Universo social - Universo cósmico”, escrito nos idos de 1986, cujo autor é homenageado em comentário que reflete o poderoso universo de olhares que o direito inspira.

Em suma, a Revista apresenta conteúdo de qualificado apuro, a lançar luzes notáveis à reflexão jurídico-trabalhista, especialmente sobre a temática central da obra, de molde a fomentar o permanente intercâmbio com o leitor, o incentivo ao estudo e à investigação científica voltados ao direito material e processual do trabalho.

A obra não se descarta, todavia, de trazer aos leitores a sensibilidade da alma que anima o estudioso, cujo olhar percuciente revela os infinitos matizes e a grandeza das conexões que do direito exsurgem.

Boa leitura!

LUCILDE D’AJUDA LYRA DE ALMEIDA
Desembargadora 2ª Vice-Presidente do
Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região,
Ouvidora e Diretora da Escola Judicial

DENISE ALVES HORTA
Desembargadora Coordenadora da Revista do
Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região

DOUTRINA

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE INTERMEDIACIÓN EN MATERIA LABORAL*

SOME PRECISIONS ABOUT "LABOUR INTERMEDIATION"

Jorge Eliecer Manrique Villanueva**

Sandra Lucia Tovar Reyes***

RESUMEN

Con el presente escrito se pretende describir el tratamiento realizado por el ordenamiento jurídico colombiano sobre la denominada "intermediación laboral", con especial énfasis en la dinámica legislativa, exponiendo el uso impreciso de la terminología y la estigmatización de figuras lícitas.

Palabras clave: Intermediación laboral. Simple intermediario. Contratista independiente. Subcontratación. Tercerización. Externalización productiva.

* Artigo enviado em 10.05.2019 - autores convidados.

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Discipline del Lavoro, Sindacali e della Sicurezza Sociale de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad Externado de Colombia. jorge.manrique@uexternado.edu.co.

*** Magister en Discipline del Lavoro, Sindacali e della Sicurezza Sociale de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. sandra.tovar@uexternado.edu.co.

ABSTRACT

This paper describes the “labour intermediation” regulation on the Colombian law, with special emphasis on legislative dynamics, exposing the inaccurate use of terminology and stigmatization of outsourcing.

Keywords: *Labour intermediation. Outsourcing.*

SUMARIO

1 INTRODUCCIÓN

2 DINAMISMO LEGISLATIVO Y REGULADOR

3 DESPRESTIGIO E IMPRECISIÓN DEL TÉRMINO “INTERMEDIACIÓN LABORAL”

4 SIMPLE INTERMEDIARIO

5 CONTRATISTA INDEPENDIENTE

6 CONCLUSIONES

1 INTRODUCCIÓN

La contratación laboral supone, como regla general, la presencia de dos partes que son el empleador, persona natural o jurídica, quien se beneficia de las actividades realizadas por la otra parte, que es el trabajador. Sin embargo, hay situaciones en las cuales no es tan sencillo determinar quién es el empleador y, por ende, a quién corresponde, frente al trabajador, el pago de derechos laborales tales como salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Las complejidades del sistema de producción, de prestación de servicios, de selección y reclutamiento de personal, la descentralización productiva ante exigencias de eficiencia¹ son

¹ “Cada vez de manera más frecuente, y sobretodo a causa de los efectos que se derivan de la globalización y del uso masivo de las nuevas tecnologías en las operaciones y actividades de la empresa, los procesos productivos, también desmaterializados, vienen administrados en función de la mejor distribución posible de los recursos disponibles,

condiciones que se imponen y ameritan la intervención legislativa en aras de prevenir maniobras fraudulentas en perjuicio de los trabajadores. Es resaltable el arduo esfuerzo por parte de la jurisdicción² laboral y constitucional en Colombia para combatir la reprochable dinámica de simulación contractual.

En el ejercicio profesional, sobre todo en el ámbito litigioso pero también en el académico, puede apreciarse que la terminología empleada es imprecisa³ y que, en muchas ocasiones, reviste una connotación negativa dado el uso fraudulento antes mencionado, como se precisará más adelante.

2 DINAMISMO LEGISLATIVO Y REGULADOR

Durante los últimos 15 años en Colombia se ha desarrollado un intenso debate relacionado con la intermediación o tercerización en materia laboral y han sido promulgadas distintas disposiciones intentando regular el tema, sin alcanzar, a la fecha, un consenso sobre los conceptos básicos que permitan identificar con claridad conceptual cada hipótesis.

acudiendo a los instrumentos útiles a tal fin (reubicación, externalización o subcontratación, transferencia de empresa, *joint venture*, *distacco*, etc.)” Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori, ISFOL. *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia: indagine sull’impatto dell’outsourcing sull’organizzazioni industriali e sulle condiziono di tutela dei lavoratori*, Roma, 2011. p. 7.

² Al respecto ver Laura Orjuela *et al.* *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012.

³ “La confusión radica, y en grado sumo, en el entendimiento de los conceptos de tercerización del recurso humano (o talento humano) y tercerización de servicios o el *outsourcing*. La primera, se desarrolla a través de empresas de servicios temporales (EST); la segunda, se hace por contratistas independientes, cooperativas de trabajo asociado (CTA) y por medio del contrato sindical. Así mismo, existe la Agencia Pública de Empleo, las Agencias Públicas y Privadas de Gestión y Colocación de Empleo y las Bolsas de Empleo, que prestan servicio de intermediación. Todas las figuras antedichas, son legales; la ilegalidad deviene al utilizarse trasgrediendo la normatividad”. Diana María Gómez Hoyos, *Externalización y cadenas de producción en Colombia, in Comparative Labor Law Dossier. IUSLabor 3/2016*, p.104. Consultado en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/316733/406829>.

Ciertamente, se han expedido las disposiciones que se pasan a enunciar, aunque algunas han sido derogadas, unas veces, por normas posteriores y otras por decisiones de los Jueces. Veamos:

1. Decreto 2996 de 2004. Sobre contribuciones parafiscales.
2. Decreto 4588 de 2006. Sobre reglamentación en la organización y funcionamiento de las CTA y Precooperativas.
3. Ley 1233 de 2008. Sobre Cooperativas de Trabajo Asociado (en adelante CTA).
4. Decreto 1429 de 2010. Sobre contrato sindical.
5. Ley 1429 de 2010, art. 63. Sobre la contratación de personal en las CTA.
6. Decreto 2025 de 2011. Sobre prohibición de contratación con las CTA.
7. Ley 1610 de 2013. Sobre fortalecimiento de las inspecciones de trabajo y los acuerdos de formalización laboral.
8. Ley 1636 de 2013. Sobre el servicio público de empleo como mecanismo de protección al cesante.
9. Decreto 2798 de 2013. Reglamentó el art. 63 de la Ley 1429 de 2010.
10. Decreto 1025 de 2014. Derogó el Decreto 2798 de 2013.
11. Decreto 583 de 2016. Reglamentó el art. 63 de la Ley 1429 de 2010.
12. Resolución Ministerio del Trabajo 5672 de 2016. Mediante la cual se establecieron lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control en materia de tercerización laboral.
13. Consejo de Estado. Sentencia 6 de julio de 2017. Anuló apartes del Decreto 583 de 2016.
14. Consejo de Estado. Sentencia 19 de febrero de 2018. Anuló apartes del Decreto 2025 de 2011.
15. Resolución Ministerio del Trabajo 2021 de 2018. Mediante la cual se establecieron lineamientos respecto de la inspección, vigilancia y control que se adelanta frente al contenido del art. 63 de la Ley 1429 de 2010.
16. Decreto 683 de 2018. Derogó el Decreto 583 de 2016.

No hay duda que la intención del legislador fue loable y merecedora de apoyo dado el contexto colombiano:

[...] en los últimos tiempos se ha hecho un uso indebido de las CTA. Muchas de ellas, tal vez la mayoría, desarrollan actividades de intermediación laboral y remiten sus afiliados a las empresas-clientes como trabajadores asalariados en misión. Estas prácticas desvirtúan el espíritu cooperativo y finalmente conducen a precarias condiciones laborales de los socios.⁴

En este mismo sentido, reprochado por la jurisprudencia:

[...] aunque la Corte ha determinado que la organización del trabajo autogestionario, en torno a cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, también ha destacado que “[...] la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de

⁴ Stefano Farné. El fin de las cooperativas de trabajo asociado. Portafolio. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/articulo19.pdf>. También en cuanto al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se resaltó lo siguiente: “Curiosamente, lo mismo proclamó el Gobierno pasado en 2006 al sancionar el decreto 4588, según el cual las “CTA no podrán actuar como empresas de intermediación laboral” (art. 17); y volvió a reiterarlo en 2008 con la expedición de la ley 1233, cuyo art. 7 establece que “Las CTA no podrán actuar como empresas de intermediación laboral (y remitir sus asociados) como trabajadores en misión.”

manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.” (Ver sentencia del 6 de diciembre de 2006, Rad. 25713).⁵

Si bien la intervención del Estado era necesaria por el abuso señalado, la amplia lista de las normas precitadas demuestra la profusa regulación en torno al tema, además, el cambio de unas normas por otras generó mayor confusión.

Luego de estas ideas preliminares, el objetivo es diferenciar dos figuras principales a la luz del ordenamiento vigente en Colombia: simple intermediario y contratista independiente.

3 DESPRESTIGIO E IMPRECISIÓN DEL TÉRMINO “INTERMEDIACIÓN LABORAL”

Como se anticipó y es fácilmente comprobable en la actividad judicial⁶, la inclusión de un sujeto intermedio en la tradicional relación de trabajo bilateral ha conllevado a vulneración de derechos y/o falta de efectividad de los mismos. Se suma a lo anterior que se observa una importante “expansión que el trabajo autónomo ha experimentado en el curso de los últimos años [y agudizado en el presente] de la mano de la descentralización productiva [...]. La externalización de actividades no solamente ha expandido el trabajo autónomo; también ha cambiado el perfil del trabajador autónomo”⁷, lo que a su vez impide el acceso a las mayores garantías que ofrece el trabajo dependiente y por cuenta ajena.

Este panorama crea un ambiente de desconfianza y recelo, que, en algunos casos, ha logrado permear incluso la convicción de algunas autoridades, ya sean judiciales o administrativas.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 665 del 25 de septiembre de 2013, Rad. 36560. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

⁶ Pues abundan las sentencias en las que los operadores jurídicos aplican el principio de primacía de la realidad para identificar al verdadero empleador.

⁷ Fernando Valdés Dal-Ré. “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo” in *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Valladolid, 2001, n. 2, p. 62. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11197>.

Se procede entonces a precisar en dónde se evidencia por parte de los operadores jurídicos una connotación negativa o imprecisiones terminológicas hacia la intermediación laboral, realizando apreciaciones generalizadas que presumen *per se* el uso fraudulento dado el desprestigio de algunas figuras.

Para indicar las causas, en principio se debe exponer el inciso primero del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010:

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sobre el artículo transcrito se podrían anticipar cuatro conclusiones:

- Que la “intermediación laboral” puede ser de dos formas: regular/legal o irregular/ilegal, pues el legislador precisó el calificativo dependiendo de si al utilizar una figura existe o no afectación de derechos laborales.
- Que la amplitud conceptual de la palabra intermediación (existir o “estar entre dos personas o cosas”⁸), da lugar a imprecisiones de tipo jurídico pues hace que se utilice de manera indistinta, resultando menesterosa la precisión terminológica.
- Que mediante las CTA no se “puede” vincular a personal para el “desarrollo de las actividades misionales permanentes”.
- Que así solo haya sido mencionada directamente la figura de las CTA, ello no indica que la disposición sea aplicable solo a ellas pues expresa también “o bajo ninguna otra modalidad de vinculación”, lo que amplía su radio de acción a cualquier otra figura.

⁸ “Intermediar”. En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <https://dle.rae.es/?id=LvIP6xv>.

Para complementar el panorama legislativo, el artículo 1 del Decreto 2025 de 2011 establece que “Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones”, agregando que dicha “actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado”. Brilla por su ausencia la referencia a la afectación de derechos, concentrándose la norma en determinar lo que se debe entender por actividad misional permanente (“aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”), así como por tercero contratante o contratación.

Con lo anterior se permite anticipar quizá otra de las causas con las que en especial las CTA soportan una carga de desprestigio, pues al ser utilizadas de manera ejemplificativa, y ante la ausencia del señalamiento expreso de otras figuras, empieza a pesar en el lector de la norma una especie de presunción de uso fraudulento. A ello se suman las considerables condenas o sanciones pecuniarias que se hacen públicas en la prensa nacional.⁹ En síntesis, se produjo un efecto indeseado al estigmatizar la figura, sin desconocer que su mala fama es merecida pues encuentra respaldo en el uso desproporcionado e irregular que se puede evidenciar históricamente.

No se debe olvidar que las figuras de fraude a la ley y abuso del derecho conllevan consecuencias en el ordenamiento jurídico dado que son límites a la autonomía privada. Es cierto también que no son figuras fáciles de determinar o evidenciar por los jueces pues apuntan hacia aspectos volitivos con dificultades probatorias,

⁹ “Tercerización laboral ilegal, violación al derecho de asociación sindical e incumplimiento de las normas de salud ocupacional, higiene y seguridad social, son algunos de los motivos por los que el Ministerio del Trabajo emitió sanciones en primera instancia contra 917 empresas. Las multas que se anunciaron entre mayo y septiembre de 2016 están valoradas en \$87.231 millones - 122 % superior al mismo período de 2015, cuando el monto llegó a \$39.303 millones.” *El Espectador. Por tercerización irregular, emiten multas contra empresas*. Consultado en: <https://www.elespectador.com/noticias/economia/tercerizacion-irregular-emiten-multas-contra-empresas-articulo-664462>.

por lo que la ayuda del legislador en la determinación de conductas antijurídicas fue, en principio, de buen recibido.

Sin embargo, en algunas ocasiones, el legislador vuelve más complejo el trabajo de los operadores jurídicos, así no haya duda de su interés en aportar positivamente a la organización y respeto por las garantías de los sujetos con intereses en conflicto.

Nótese cómo en el artículo 63 antes citado el legislador empleó una terminología un poco insólita (actividades “misionales”, cuando hasta la fecha solo era familiar el término de trabajadores en “misión”, el cual es propio de las EST) y cómo no hizo mención expresa a otras figuras cuyo uso impropio podrían también llegar a convertirse en formas de burlar derechos laborales individuales, colectivos o de seguridad social.

Al respecto, las EST están sometidas a una regulación que permite, en algunos casos previstos por el legislador, que sirvan como medio para suministrar personal. Quizás desde este punto de vista sería entonces explicable la ausencia de mención de esta en la norma, sin que ello excluya que en ocasiones dichas organizaciones operen de manera fraudulenta, ilegal o irregular, como cuando se apartan de las hipótesis preestablecidas.¹⁰

Sin embargo, continuando con la ausencia de mención de otras figuras en el artículo citado, no resulta tampoco una revelación el hecho que incluso mediante la vinculación de personal bajo la denominación de contratista independiente puede ser usada para desconocer derechos de los trabajadores u ocultar la calidad de empleador.

Otro tanto ocurre con una lectura desprevenida del aparte “intermediación laboral”, pues podría evocar en principio la hipótesis de “simple intermediario” regulada por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST) y, aunque pareciere obvia la aclaración, su uso es autorizado por el ordenamiento jurídico.

¹⁰ Como al no encontrarse su actuación inmersa dentro de las hipótesis previstas por el legislador o ante la superación de los máximos temporales establecidos (Artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

De hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acogió la terminología “intermediación laboral ilegal” a partir del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, pero utilizó el adjetivo simple, como se puede observar en un extracto reciente:

[...] cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario encubre verdaderas relaciones laborales con la ayuda de aparentes contratistas, carentes de una estructura empresarial propia y entidad suficiente, cuya única razón de ser es el de proporcionar trabajadores a la principal, se estará en una simple intermediación laboral ilegal. En este punto, vale igualmente la pena recordar que aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal.¹¹ (subrayado fuera del original)

Se observa en la sentencia la influencia del artículo 63 de la Ley 1429. Nótese entonces como en la parte final del inciso transcrito se puede concluir que lo que pretendió el legislador fue mermar el uso irregular, ilegítimo, ilegal, inconstitucional o irresponsable que se ha dado en la contratación, por ejemplo, por algunas organizaciones que dicen actuar como CTA, sin serlo, pero que bien podría haber sido cualquier otra figura.

Es clara y defendible la intención del legislador, pero en la práctica el efecto perjudicó la imagen de las CTA al punto que se presume la irregularidad de las mismas sin fundamento para ello, tal y como incluso lo manifiesta la Escuela Nacional Sindical, al afirmar que sucedió:

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL467 del 6 de febrero de 2019. Rad. 71281. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

[...] una excesiva socialización de la norma otorgándole el sentido de prohibir a las Cooperativas de Trabajo Asociado cuando su mandamiento de fondo consistía en impedir la intermediación laboral de actividades misionales permanentes bajo modalidades de vinculación que afectaran los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.¹²

Para usar un término coloquial, se satanizó a las CTA por la forma en como se estaban utilizando. Sin embargo existen ejemplos genuinos y auténticos, no sólo de CTA sino en general dentro de todas las figuras antes referidas que suponen un uso legítimo dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, lo que se observa en la práctica es la tendencia de otorgar una connotación negativa e inexacta a los términos de intermediación o de tercerización laboral, como si cualquier tipo de externalización productiva conllevara consigo una intención de burlar los derechos de los trabajadores o de mermar los mismos. Tan solo por citar un ejemplo se observa por parte del Ministerio del Trabajo:

Tercerizar en el marco estricto de lo pretendido por dicha figura no es ilegal, ni prohibido por nuestra legislación, pero lo que si [es] prohibido en nuestra estructura normativa es la tercerización laboral [...] en el estricto sentido de que un tercero no puede proveerle solamente personal, con el único fin de que este ultimo no vincule directamente a aquellos trabajadores que van a desarrollar actividades misionales o de apoyo, porque en el sentido estricto lo que se terceriza son actividades y/o procesos y no personas, de tal manera, que los únicos autorizados por Ley para suministrar personal son las EST como una excepcionalidad al Contrato de Trabajo... Dicha actividad de envío de trabajadores en misión como lo ha definido la Ley solo puede ser realizado por una

¹² Escuela Nacional Sindical. *Obstáculos para el ejercicio del derecho de asociación sindical: la tercerización e intermediación laboral en Colombia*, Bogotá, Informe 2018. p. 10. Consultado el 18 de abril de 2019 en: <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2019/01/La-tercerizaci%C3%B3n-e-intermediaci%C3%B3n-laboral-en-Colombia.pdf>.

empresa que se identifique como de servicios temporales y que esté debidamente autorizada por este Ministerio, por lo que cualesquier otra figura cuyo fin sea proveer personal se encuentra vedado en nuestra legislación. Si tal suceso se llegase a presentar aquel que suministra el personal sin ser una EST, es considerado un intermediario dentro de la relación laboral, ya que aún cuando los formalismos de la Ley frente a su relación con sus trabajadores estén satisfechos, lo cierto es que desarrolla una actividad prohibida [...].¹³ (subrayado fuera del original)

A dicho aparte se podrían hacer las siguientes réplicas: que lo que se quiso fue desinsentivar (mediante la imposición de multas) a quienes incurran en aquél tipo de intermediación que “afecte los derechos” laborales (Inciso 1 del Art. 63 de la Ley 1429 de 2010), no a cualquier tipo de intermediación ni mucho menos a todos los tipos de “tercerización”; que la buena fe se presume por mandato constitucional (aunque también expresamente en materia civil, comercial y laboral); que las prohibiciones obedecen al principio de tipicidad legal; que al particular le basta con saber que su conducta no está prohibida (art. 6 de la CN), por lo que no es necesario que esté expresamente permitida; que cuando una figura está regulada no implica necesariamente que esté prohibida, pues puede estar permitida bajo determinados parámetros establecidos por el legislador; que el uso indebido o el abuso de determinadas figuras no necesariamente conlleva a su prohibición, pues esta debe ser la *ultima ratio*; que existen mecanismos paralelos como el abuso del derecho y el fraude a la ley, desarrollados con proficua

¹³ Ministerio del Trabajo. Resolución número 2031 del 3 de junio de 2015 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición” interpuesto por el apoderado de GECOLSA luego de que se le impusiere una multa por valor de mil ochocientos cuarenta y ocho millones de pesos (\$1.848.000.000). Se trae a colación este caso a modo de ejemplo, pues como se observa incurre en las imprecisiones ya anotadas no obstante ordenó la revocación de la sanción e impuso también “REHACER en su totalidad la actuación administrativa” por no existir al momento de los hechos investigados la norma que fue parcialmente utilizada para fundamentar la sanción, así como para permitir la contradicción de un documento contentivo de un estudio técnico.

jurisprudencia; que no se materializa una “excepcionalidad al contrato de trabajo”, pues inclusive las EST vinculan personal mediante contratos de trabajo por duración de la obra o labor o a término fijo, dado que incluso es la legislación la que restringe el marco temporal para su uso; que no solo las EST están autorizadas para suministrar personal pues también lo podría hacer un simple intermediario y la legislación laboral colombiana protege al trabajador mediante mecanismos como el de responsabilidad solidaria a quien no exprese su calidad.¹⁴

Evidenciado lo anterior, se procede a exponer dos figuras de suma importancia para la actividad económica colombiana y su regulación.

4 SIMPLE INTERMEDIARIO

Son de alguna frecuencia los fenómenos anteriores a la celebración del contrato de trabajo como la simple intermediación, consistente en que una persona

[...] conviene con otra u otras para que se presenten a trabajar en determinada empresa o establecimiento; es decir, el intermediario no recibe el trabajo de la persona contratada. Realiza las actividades de un mandatario o gestor o agente de negocios.¹⁵

¹⁴ “En cuanto al argumento de la cooperativa de ser improcedente la condena en solidaridad, en tanto las entidades se dedicaban a actividades diferentes, debe indicarse que la condena en solidaridad, impuesta por el sentenciador de primer grado, lo fue en razón de que la cooperativa había actuado como mera intermediaria de la verdadera empleadora, en este caso, la entidad promotora de salud, lo cual generaba los efectos previstos en el artículo 35 del C.S.T., en el entendido de que si el mero intermediario no manifiesta su condición de tal debe responder de manera solidaria por el pago de salarios y prestaciones adeudados al trabajador, por lo que el legislador no previó para este caso específico la afinidad de actividades y objeto social entre deudor principal y solidario, como lo quiere hacer ver la apelante”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL119 del 7 de febrero de 2018. Rad. 46237. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

¹⁵ José Dávalos. Derecho Individual del Trabajo. Décima segunda edición. Bogotá: Editorial Porrúa. 2002. p. 95.

En Colombia la doctrina¹⁶, siguiendo el orden del CST, ubica en el Título I, capítulo III, *representantes del patrono y solidaridad*, las figuras de simple intermediario y contratista independiente.

Se considera que existen dos posibilidades - no excluyentes - que nos aproximan a la naturaleza jurídica del simple intermediario:

1. Como manifestación de la figura del corretaje: el simple intermediario, en el mercado del empleo, busca acercar a las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, para que suscriban directamente un contrato de trabajo (Código de Comercio, art. 1340). 2. Como manifestación del fenómeno de la representación¹⁷: el simple intermediario contrata un trabajador actuando en nombre y representación de un tercero, denominado empleador quien ejercerá la subordinación respecto del trabajador que se enrola (Código Civil, art. 1505).

Así, encontramos la naturaleza de la intermediación laboral (como una especie de corredor), según voces del art. 1 del Decreto 3115 de 1997, “[...] como aquella - actividad - encaminada a poner en contacto oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades.”

Esta intermediación entre unidades económicas que demandan mano de obra y personas naturales oferentes de su fuerza de trabajo está a cargo de las agencias de colocación. Las agencias de colocación deben acreditar unos requisitos a efectos de poder funcionar y desarrollar su actividad. Los permisos y autorizaciones los concede el Ministerio de la Protección Social.

¹⁶ Ver Alberto López Fajardo. Elementos de derecho del trabajo. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Librería el Profesional. 2004. p. 143 y ss.

¹⁷ Al respecto expresó la Corte Suprema de Justicia: “Situación diferente se da cuando el trabajador ha sido contratado por un simple intermediario, dentro de los parámetros del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, donde éste se limita a enganchar personal o a contratar servicios en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, quien tiene exclusivamente esa calidad. En este caso, el reclamo del trabajador debe adelantarse contra el último y se configura la solidaridad cuando el primero no manifiesta expresamente esa calidad en el momento del enganche de los trabajadores o de la celebración de los contratos celebrados con los últimos.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Ernesto Jiménez Díaz. 10.08.1994. Rad. 6494.

Las agencias de colocación son un solo ejemplo de simple intermediario previsto en el art. 35 del CST.

Cualquiera sea la naturaleza o el actuar del simple intermediario, partimos de dos supuestos: 1. Se trata de intermediación para el empleo de trabajadores asalariados. 2. Obliga la ley a que el intermediario declare, en el momento de contratar o de acercarse a las partes, su condición de tal, que es la de simple intermediario laboral, y a que manifieste el nombre del empleador para quien contrata. Si el simple intermediario omite estas declaraciones o se hace pasar frente al trabajador como un verdadero empleador, “[...] se convierte en responsable de todas las obligaciones laborales que surjan como salarios, prestaciones de previsión social, etc., solidariamente con el patrono.”¹⁸

En efecto, cuando el intermediario laboral coordina y dirige los trabajos, con apariencia de contratista independiente, empleando “[...] locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias o conexas del mismo”¹⁹, pero quien ejerce verdaderamente “[...] la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores, dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrón”²⁰, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad solidaria entre el beneficiario - empleador - y el simple intermediario.

El profesor Guillermo González Charry, clásico en la doctrina nacional, nos enseña que los antecedentes de la intermediación datan del período anterior a la Revolución Francesa, cuando fue necesario que los trabajadores se levantasen contra esta forma ignominiosa de explotación y enfrentasen

¹⁸ Guillermo Camacho Henríquez. *Derecho del trabajo: teoría general y relaciones individuales*. Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 1961. p. 379.

¹⁹ Art.35.2 C.S.T.

²⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-15-000-2002-0674-01(pi-050). 22.10.2002. Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

[...]la insolvencia de personas desconocidas, que una vez cumplido por aquéllos el trabajo correspondiente, alegaban no ser el verdadero empleador o no tener como responder económicamente por los salarios causados.

Obviamente, la utilidad de estos intermediarios determinaba

[...]una notoria rebaja en los salarios de los trabajadores, debido a las comisiones que cobraban por su gestión, y las que eran descontadas, no del capital del beneficiario o verdadero empleador, sino de los salarios de los contratados.²¹

En la actualidad estos peligros siguen latentes y no deben repetirse, máxime en un país que reclama una decidida lucha jurídica y política contra la pobreza y la explotación de los más necesitados.

En el mismo sentido la doctrina nacional ha manifestado qué:

[...] si la persona que contrata los servicios personales de los trabajadores busca su propio beneficio, es quien dirige el trabajo y por lo tanto ejecuta actos y toma decisiones subordinantes, y además remunera con sus propios recursos esos servicios personales, no será un intermediario sino un verdadero patrono; pero si, por el contrario, sólo coordina o agrupa los servicios de algunas personas para el beneficio de ese tercero y para ello, además, utiliza los equipos, locales, maquinarias, herramientas y otros elementos propios de aquél, será un intermediario por más apariencia de patrono que tenga, y en tal supuesto deberá expresamente advertir su calidad de tal, pues de lo contrario responderá solidariamente con el patrono por las obligaciones que hayan podido surgir de la efectiva prestación de los servicios personales.²²

²¹ Guillermo González Charry. Derecho Laboral Colombiano. Relaciones Individuales. Ediciones Doctrina y Ley. Octava edición, Bogotá, 1994. Volumen 1, p. 166.

²² Antonio Cerón del Hierro. Introducción al derecho del trabajo: relaciones individuales. Ediciones Derecho Vigente. Primera edición 1998. p. 163.

Los aspectos mencionados aparecen en el art. 35 del CST, lo que nos permite identificar o deducir: 1. Los sujetos que participan en la contratación laboral en el marco de esta figura: i. El trabajador dependiente y por cuenta ajena. ii. El simple intermediario. iii. El empleador o beneficiario de la actividad personal que desarrolla el trabajador asalariado. 2. El concepto de simple intermediario como aquella persona, natural o jurídica, que “[...]contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.” 3. La obligación del simple intermediario de anunciar su condición y manifestar el nombre del empleador que se beneficiará del trabajo de ese asalariado. 4. La eventual responsabilidad solidaria–laboral entre el beneficiario del trabajo y el simple intermediario cuando este omite anunciarse como tal o se comporta con la apariencia de contratista independiente.

En esta relación triangular identificamos las siguientes características: 1. El simple intermediario no es empleador. 2. El simple intermediario es un mediador o representante entre el empleador y el trabajador. 3. El trabajador desarrolla su actividad personal, dependiente y subordinada, bajo órdenes y por cuenta de un empleador. 4. El simple intermediario no asume obligaciones laborales con los trabajadores (salvo la eventual responsabilidad solidaria). 5. Las herramientas que emplean los trabajadores deben pertenecer al empleador o, por lo menos, éste tiene obligación de suministrarlas, y no al simple intermediario. 6. Cuando el simple intermediario no se anuncia como tal y el trabajador labora al servicio de otra persona, existirá obligación solidaria entre el simple intermediario y el beneficiario del trabajo. 7. Si el simple intermediario asume la actitud de “contratista independiente” o de “empresario aparente”, pero la subordinación la ejerce otra persona, o las actividades corresponden al giro inherente o conexo del beneficiario del trabajo, éste será el empleador y el simple intermediario entrará a responder solidariamente.

Aun cuando las normas previstas en nuestro ordenamiento laboral no ofrecen claridad absoluta sobre el tema, es lo cierto que el art. 35.2 del CST pretende evitar abusos contra los trabajadores por la utilización indebida de la figura del simple intermediario,

[...] pues el verdadero empresario podía intentar eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, ocultando su condición de tal, con sólo interponer entre él y sus trabajadores un falso mandatario actuante en nombre propio o, incluso, interponiéndose él mismo entre los trabajadores y un falso *dominus* generalmente irresponsable.²³

En todo caso,

[...]en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de las figuras cercanas o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

Adicionalmente, “[...]no es dable en la materia sentar criterios rígidos, en cuanto se da una pluralidad de síntomas característicos de estas figuras.”²⁴

5 CONTRATISTA INDEPENDIENTE

La doctrina nacional²⁵ y extranjera²⁶, al introducirse en el

²³ Jesús Martínez Girón. El empresario aparente. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992. p. 94.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 12187. 27.10.1999. M.P. José Roberto Herrera Vergara.

²⁵ Entre otros: Alfredo Puyana Silva “Dentro de nuestro contexto laboral, será *outsourcing* la prestación del servicio o la ejecución de la obra que realiza un tercero a favor de un contratante, con sus propios medios y autonomía técnica y administrativa, lo que no es nada diferente a la figura del contratista independiente establecido en el Art. 34 de nuestro C.S.T.”. Francisco Buritaca “El *outsourcing* se puede llevar a cabo a través de la contratación externa de operaciones y servicios generalmente bajo tres formas: cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y contratista independientes. Estas tres figuras tienen en común la autonomía administrativa, técnica y financiera frente a un usuario o contratante de sus productos o servicios.” Miguel Pérez García y Victoria Aragón de Pérez. Flexibilización Laboral y *Outsourcing*. Primera edición. Bogotá: Editorial Jurídica Dike, 1999. p. 12. “Frente a estas formas de flexibilización se vienen dando otras modalidades que buscan descentralizar la prestación de servicios haciendo énfasis, no ya en la relación laboral sino en la comercial, surgiendo la llamada tercerización o *outsourcing* a través de variadas formas como las cooperativas, empresas asociativas de trabajo y los contratistas independientes o prestatarios de servicios.”

²⁶ Ricardo D. Hierrezuelo y Pedro F. Núñez. Responsabilidad solidaria en el contrato de

estudio de la figura del contratista independiente, suele identificarla, principalmente, con la expresión anglosajona *outsourcing*; sin embargo, éste es un concepto más amplio que abarca otras manifestaciones no sólo jurídicas, también administrativas y de gestión de empresas. En efecto, el *outsourcing* es una estrategia empresarial que se explica como la contratación entre dos empresas, mediante la cual aquellas actividades originariamente llevadas a cabo por la primera empresa son realizadas por una segunda empresa, ya sea mediante la celebración de un contrato o el traspaso, entre éstas, de parte de su unidad productiva. Así, la nueva empresa se constituye como auxiliar o especializada en algunas actividades que correspondían al giro de actividades de la primera.

Aunque con frecuencia el término *outsourcing* se utiliza como sinónimo de subcontratación, entendida ésta en un sentido económico, lo cierto es que aquel término es más amplio, y supone algo más que una mera contratación externa de servicios. El *outsourcing* es una estrategia empresarial que normalmente implica la producción de forma simultánea de los dos fenómenos que nos ocupan, esto es, la transmisión - parcial - de la empresa y la contratación de obras o servicios de la propia actividad; en este sentido, es muy frecuente que la empresa principal, además de encargar a la empresa auxiliar que le preste un determinado servicio, también le ceda una unidad productiva, de la que va a valerse el contratista para ejecutar el servicio encomendado. En todo caso el hecho de que se produzcan al mismo tiempo ambos supuestos - cesión empresarial y compromiso de la nueva empresa a ejecutar

trabajo. Primera edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003. P. 604. “El *outsourcing* que proviene de la experiencia empresarial americana y cuya traducción literal sería de ‘fuente u origen externo’ (*source*: fuente, origen), designa, en sentido estricto, la externalización de los servicios informáticos de una empresa. Se trata de subcontratar este tipo de servicios con empresas de informática especializadas que ofrecen a las empresas usuarias la posibilidad de contar con los adelantos tecnológicos en esta materia de un modo rápido, sencillo y adaptado a sus necesidades, con el fin de mejorar su competitividad.”

la contrata -, no debe impedir que se distingan, ya que estamos ante dos fenómenos diferentes que se rigen en lo laboral por dos preceptos también distintos.²⁷

Sabemos que no es lo más ortodoxo transcribir una disposición del CST, sin embargo, consideramos necesario revelar el art. 34 del CST, por cuanto es la norma en nuestro ordenamiento que nos señala el concepto y responsabilidad del contratista independiente. Reza el CST, art. 34:

-Subrogado. D.L. 2351/65, art. 3º. Contratistas independientes. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.²⁸

²⁷ Mónica Llano Sánchez. *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*. Colección Relaciones Laborales. Primera edición, Madrid: Editorial La Ley, 1999. p. 148.

²⁸ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con ponencia del Magistrado Germán Valdés, Rad. 17573. 12.06.2002 al pronunciarse sobre el alcance de esta norma ha dicho: "El artículo 34 del CST, que fuera subrogado por el artículo 3º del decreto 2351 de 1965, contempla estas situaciones: 1. La del contratista independiente que realiza, por cuenta de otro, una obra o la prestación de un servicio determinados, sin que exista

Los supuestos de hecho necesarios para que concurra la figura del contratista independiente se distinguen desde dos puntos de vista: 1. Los sujetos. 2. El objeto principal de contrato.

Cuando media la figura del contratista independiente consagrada en el art. 34 del CST, identificamos tres sujetos en el complejo de relaciones contractuales que se suscitan: i. El contratante, que es la empresa principal, beneficiaria del servicio o de la obra contratada; ii. El contratista independiente, persona natural o jurídica, que es la empresa auxiliar o especializada que bajo su riesgo y autonomía se obliga con la contratante y iii. Los trabajadores del contratista independiente.

Se establecen, entre estos sujetos, distintas relaciones jurídicas disciplinadas por la ley según la posición que cada uno ocupe. Entre el contratante y el contratista independiente se celebra un contrato regulado por las normas del derecho privado (civil o comercial) o incluso dentro del derecho público.²⁹ Entre el contratista independiente y sus trabajadores se celebran contratos de trabajo sometidos a la plenitud de las disposiciones que preceptúa la legislación laboral y de seguridad social, y entre la contratante principal y los trabajadores del contratista no existe relación laboral alguna, salvo algunas previsiones legales que señalamos a continuación.

afinidad entre la prestación debida y las actividades o negocios del contratante. El contratista es el único responsable frente a sus trabajadores por las obligaciones laborales de sus subordinados; y, desde luego, el contratante no compromete su patrimonio frente a ellos. 2. La del contratista independiente que realiza una obra o servicio determinados en beneficio de una persona cuya actividad empresarial o mercantil es afín con la obra o el servicio contratado. Esa afinidad implica, según la ley laboral, la garantía de la solidaridad, que compromete a los dos sujetos, contratante y contratista, de manera solidaria, en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores. 3. La de los subcontratistas independientes, sin importar el número o, en otros términos, sin que importe cuan extensa sea la cadena de contratos civiles de obra o de prestación de servicios. La solidaridad legal laboral del beneficiario de la obra o del servicio con los subcontratistas dependerá de si existe o no afinidad entre la obra o servicio contratado y la actividad empresarial o mercantil del contratante inicial.”

²⁹ Naturalmente, si la contratante es la administración pública, entonces se aplica el estatuto de contratación pública que corresponda. Además, la norma del Art. 34 del C.S.T. aplica a relaciones laborales de derecho privado.

Ciertamente, entre el contratante - beneficiario mediato de la obra o servicio ejecutados por los trabajadores del contratista independiente - y los trabajadores del contratista independiente no existe vínculo laboral alguno. Sin embargo, surgirá responsabilidad solidaria solo en la hipótesis en que se verifique que no se trata de labores extrañas a las actividades normales del contratante, por lo que este deberá responder con el contratista independiente frente a las reclamaciones que formulen los trabajadores de éste por el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales y de seguridad social e indemnizaciones.

De cara a la obligación del contratante, beneficiario de la obra o servicios, y asumiendo que no son actividades extrañas a las actividades normales de su empresa, éste responde, por mandato legal, solidariamente por los incumplimientos patronales exigibles al contratista independiente. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la definición de obligación solidaria pasiva prevista en el Código Civil:

[...] no es dable trasladarla en términos absolutos [...] a la materia laboral, ya que la naturaleza misma de las relaciones jurídicas puede excluirla, máxime si se toma en consideración que con arreglo a las normas procedimentales que desarrollan el derecho de defensa [...] cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas [...] (CPC, art. 83), de forma que se garantiza que quien pueda verse afectado en sus intereses por la decisión que en determinado asunto deba emitirse por la administración de justicia, ha de ser convocado al proceso, a fin de que tenga la posibilidad de exponer, si lo desea, su punto de vista, sus razones o justificaciones.³⁰

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Rad. 9552. M.P. Rafael Méndez Arango. 10.06.1997.

La misma sentencia señala que, si sólo es demandado el contratante,

[...] resulta indispensable citar al contratista (independiente) para integrar el contradictorio, en vista de que éste es el sujeto directo de la relación jurídica y se vería afectado en todo caso, dada la viabilidad legal de la repetición, en el evento de una decisión desfavorable.³¹

Esta postura, no extraña y reiterada por los jueces en Colombia y otros países, quiebra el concepto de obligación solidaria pasiva. En efecto, [...] en las solidarias la prestación íntegra puede ejecutarla cualquiera de ellos, a su propia elección, si el pago es espontáneo, y ha de cumplirla aquel que escoja el acreedor, si hay lugar a ejecución forzosa”, y además contraviene la finalidad de esta especie de obligación, que “[...] cumple la función de otorgar al acreedor la garantía ilimitada de varios sujetos (varios patrimonios) simultánea y plenamente responsables para con él: la insolvencia de cualquiera de los deudores grava a los demás. Esa es su razón de ser histórica y económica”³², conceptos que se identifican con el derecho laboral el cual desarrollando el principio tutelar que le es inherente, persigue la protección de los trabajadores frente a incumplimientos en el pago de sus créditos laborales y de seguridad social.

Como lo mencionábamos, idéntica situación, con giros jurisprudenciales de 180º, es comentada por la doctrina argentina cuando manifiesta que:

[...] en el marco de la solidaridad establecida por el art. 30 de la LCT, si el actor desistió de la demanda contra el principal para verificar su crédito en el concurso (art. 133 LCQ), no puede pretender que se condene a los obligados

³¹ Cfr. Guillermo González Charry. *Derecho laboral colombiano: relaciones individuales*. Octava edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1994. Volumen 1, p. 150 - 156.

³² Fernando Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2002. p. 331 y 336.

solidarios. Del juego de los arts. 523, 524, 525, 689 y 717 del Código Civil surge que no se puede condenar al deudor accesorio obligado en virtud de la norma laboral citada, si no se condena al deudor principal porque se trata de una obligación mancomunada con solidaridad impropia.³³

Se ha sostenido³⁴ la posición relativa a la obligación de hacer comparecer en el juicio al contratista independiente y al contratante, e incluso ha señalado que el contratante (beneficiario o dueño de la obra) puede ser liberado del pago de la indemnización moratoria si alega buena fe, pues:

[...] cuando el artículo 65 del CST alude (al patrono) no está refiriéndose exclusivamente al empleador propiamente dicho sino en general al obligado al pago de los salarios y prestaciones el cual si bien es el empleador la mayoría de las veces, ni siempre ocurre así puesto que hay ocasiones en que en algunos eventos, como el que ahora se examina, existe un tercero que resulta vinculado también al pago de los reseñados derechos, hipótesis en las que este tercero termina equiparándose al empleador.³⁵

Nos apartamos de lo dicho, respetuosamente, pues nos parece excesivo por cuanto el contratante, como lo expresó el salvamento de voto, no es el patrono y, por lo tanto, éste no puede oponer excepciones personales contra el trabajador en una relación laboral de la cual es ajeno. Esta postura constituye, ni más ni menos, que

³³ Ricardo D. Hierrezuelo y Pedro F. Núñez. Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo. Primera Edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003. p. 604.

³⁴ En sentido contrario la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad.10584. 19.05.1998. M.P. Jorge Iván Palacio, expresó: “[...] de otro lado, no sobra repetir lo expresado por esta Corporación en sentencia de Sala Plena Laboral del 14 de diciembre de 1970 (G.J., Tomo CXVI, P. 524), reiterada en la del 10 de agosto de 1994, Rad. N. 6494 (Sección Segunda), en el sentido de que el trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario, si la obligación del verdadero patrono - el contratista independiente - “[...] existe en forma clara, expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o por que se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo.”

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Rad. 21074. M.P. Carlos Isaac Nader. 22.04.2004.

vaciar de contenido la solidaridad laboral entre contratante (beneficiario del servicio o de la obra) y contratista independiente que venimos comentado, la cual aparece clara e inequívocamente, señalada en nuestro derecho laboral y en otros tantos ordenamientos laborales iberoamericanos.³⁶

El objeto del contrato que celebran contratante y contratista, “[...] no es la utilización directa de la mano de obra ajena, sino la realización de una obra o servicio determinado relacionado con el ciclo productivo de la empresa”³⁷ contratante. De tal modo que, mediante este contrato, las partes no pueden acordar un suministro de personal a disposición, como si ocurre cuando estamos en presencia del contrato que convienen la empresa de servicios temporales EST y la empresa usuaria; figura contractual que guarda semejanzas con el contrato que celebran contratante y contratista independiente, pero que, en definitiva, obedece a unas motivaciones y objeto distinto específicamente determinados por la legislación en Colombia, en donde lo primario es el suministro del personal, en tanto en el caso del contratista independiente lo principal es la obra o el servicio, según lo tiene aceptado la doctrina, los convenios de la OIT y en nuestro país la Ley 50 de 1990.

Respecto del análisis del art. 34 del CST encontramos que son múltiples las dificultades que ofrece esta disposición. En efecto, allí se refiere a “la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios”³⁸ como objeto del contrato entre contratante y

³⁶ A modo de ejemplo: en México la Ley Federal del Trabajo. Título primero. Principios generales. Art. 13. Ediciones Luciana. Novena edición. México D.F. 2003, P. 6; en España el Estatuto de los Trabajadores. Título primero, capítulo tercero, sección segunda, Art. 42. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Santiago González Ortega. Madrid. Códigos Ariel. Segunda Edición, 2002. P. 80; en Chile el Código del Trabajo, edición oficial. Art. 64. Editorial jurídica de Chile. Octava edición, 2003. p. 41.

³⁷ Mónica Llano Sánchez. *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*. Colección Relaciones Laborales. Primera edición, Madrid: Editorial La Ley, 1999. p. 39.

³⁸ En Colombia el Código Civil, en el título XXVI, capítulos VIII y IX, se refiere a los contratos para la confección de una obra material y al arrendamiento de servicios inmateriales, respectivamente. El artículo 32 de la ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, enuncia, entre otros, al contrato de obra y al de prestación de servicios.

contratista. Al parecer son más las semejanzas que las diferencias entre contrato de obra y contrato de prestación de servicios. Ciertamente, la profesora Judith Solé Resina explica las similitudes, en cuanto originan una obligación de hacer, con las siguientes notas:

[...] en común: a) ambas pueden contratarse *intuito personae*; [...] b) la necesaria temporalidad de la prestación; [...] c) en ningún caso puede excluirse de su contenido un determinado tipo de actividad material o intelectual, ni ligar a éste un diverso grado de subordinación técnica, entendida como subordinación a las órdenes del empleador; [...] d) ambas pueden desarrollarse bajo cualquier grado de subordinación organizativa³⁹, entendida como sujeción al ámbito de organización del empleador; [...] f) ambas originan, en principio, una obligación de medios, de modo que el obligado a realizar la actividad cumple si la realiza con la diligencia exigible. Aunque también en ambos supuestos, por voluntad de las partes o por aplicación de los usos jurídicos, la obligación de hacer puede convertirse en una obligación de resultado.⁴⁰

Expuestas las semejanzas entre ambos contratos, señala la mencionada autora como diferencia entre el contrato de servicios y contrato de obra:

[...] en que la primera se concreta en la realización de una actividad considerada en sí misma, mientras que la segunda se configura como la realización de una actividad dirigida a la creación de una cosa nueva. En todo caso, para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato que hay entre contratante-beneficiario de la obra o servicio, y contratista independiente se ha de tener en cuenta la disciplina propia de cada modalidad contractual - fundamentalmente de arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios - y en

³⁹ Vale decir que la autora no se refiera a la subordinación o dependencia laboral, sino a las facultades de la contratante para impartir instrucciones y señalar obligaciones al contratista en el marco del contrato de obra o de prestación de servicios.

⁴⁰ Judith Solé Resina. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto. Primera edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 123.

general, sobre todo en el caso de contrataciones atípicas, las reglas de las obligaciones y contratos, especialmente las referidas a las obligaciones de hacer.⁴¹

En materia laboral esta solidaridad entre contratante y contratista tiene origen en la ley y se constituye como regla general:

a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, según lo dispone la norma transcrita, pero, ¿cuáles son esas labores extrañas que menciona la ley? Al respecto, existen dos tendencias doctrinales: Una interpretación restrictiva que exige identidad entre el objeto social que desarrollan contratante y contratista y una interpretación amplia sustentada en los criterios de sustitución e indispensabilidad. En la doctrina extranjera, ambos criterios han sido insuficientes, pero pueden corregirse teniendo en cuenta otros criterios o parámetros, que en ningún caso tendrían valor absoluto sino meramente orientativo, y que ayudarían al intérprete en la tarea de determinar qué obras o servicios pueden considerarse como propia actividad, a los efectos de exigir responsabilidades.⁴²

En cualquier caso, y no obstante los puntos controversiales que hemos señalado, el contratista independiente es un empresario autónomo, técnica y administrativamente hablando, verdadero empleador, que asume los riesgos de su actividad, con sus propios trabajadores asalariados, cuando celebra contratos de obras o de prestación de servicios con terceros que se beneficiarán directamente con el desarrollo del objeto contratado. Ese tercero beneficiario o contratante será solidariamente responsable con el contratista que incumpla a sus propios trabajadores el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, salvo que las actividades desarrolladas por el contratista y sus trabajadores, sean extrañas a su giro ordinario de negocios.

⁴¹ Mónica Llano Sánchez. Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas. Colección Relaciones Laborales. Primera edición. Madrid: Editorial La Ley, 1999. p. 50.

⁴² Mónica Llano Sánchez. Op. cit. p. 86.

6 CONCLUSIONES

Tanto en la práctica como en algunas normas jurídicas del ordenamiento colombiano, no se distingue el detalle de cada actividad, esto es, la del simple intermediario y la intermediación laboral, por lo que aparecen equívocos y sinonimias infortunadas para actividades que son diferentes y gozan de su propia regulación, máxime con el amplio significado de la palabra “intermediar” ya señalado.

Los conceptos de intermediación y tercerización en materia laboral han sido estigmatizados por considerarse que conllevan *per se* un carácter perverso de desconocimiento, vulneración o transgresión de derechos, cuando es innegable que el uso legítimo de la autonomía privada y del catálogo de figuras ofrecido por el legislador han evidenciado muestras de progreso sostenible dada la adaptación constante de las actividades u organizaciones económicas a las nuevas dinámicas (surgidas en parte por la influencia de los cambios provocados por los avances tecnológicos en un mundo globalizado) lo que ha permitido su no perecimiento, generando puestos de trabajo y recursos para la sociedad y el Estado.

Por lo anterior, quizás sea más prudente emplear el término de descentralización productiva, término que se encuentra en el derecho comparado español, para mermar dicha carga de desprestigio o descrédito (que pesan sobre tercerización e intermediación, así como sobre algunas hipótesis concretas dentro de estos como subcontratación o vinculación por CTA). De esta misma manera, evitar incurrir en imprecisiones y equívocos en ámbitos de tipo administrativo o judicial, pues no puede ser que el uso inadecuado, ilegal, irregular o incluso inconstitucional dado por parte de algunos operadores repercuta en la imagen de quien sí hace un uso adecuado de determinadas figuras, lo cual no es solo permitido sino está regulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano y reporta empleo en condiciones justas y dignas para los trabajadores.

Es por ello que, dejando a un lado la dificultad en la terminología empleada, se espera contribuir a la delimitación de las figuras para que al operador jurídico le resulte más fácil distinguir sus confines y obrar conforme el ordenamiento jurídico.

Se resalta que para ello en Colombia no solamente opera el principio de primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 de la CN), sino que existen mecanismos de protección patrimonial como la responsabilidad solidaria a la que se hizo referencia.

Valga finalmente aclarar que pese al uso anti técnico e inapropiado del lenguaje en la presente materia, es meritorio y valeroso el trabajo realizado por los jueces e inspectores del trabajo en nuestro país, pues, al detectar el abuso de las figuras o su utilización fraudulenta, condenan a los infractores e imparten las sanciones correspondientes, lo que acerca a la sociedad colombiana a una sociedad justa, disminuyendo el trabajo precario y desentivando el abuso del derecho y el fraude a la ley.

REFERENCIAS

DOCTRINA

CAMACHO HENRÍQUEZ, Guillermo. *Derecho del trabajo: teoría general y relaciones individuales*, Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 1961.

CERÓN DEL HIERRO, Antonio. *Introducción al derecho del trabajo: relaciones individuales*, Primera edición. Ediciones Derecho Vigente, 1998.

DÁVALOS, José. *Derecho individual del trabajo*. Décima segunda edición. Bogotá: Editorial Porrúa, 2002.

ENS, Escuela Nacional Sindical. *Obstáculos para el ejercicio del derecho de asociación sindical: la tercerización e intermediación laboral en Colombia*, Bogotá, ENS, 2018.

GÓMEZ HOYOS, Diana María. Externalización y cadenas de producción en Colombia. *In: Comparative Labor Law Dossier*, Barcelona, IUSLabor, 2016.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *Derecho laboral colombiano: relaciones individuales*, Octava edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1 Volumen, 1994.

HIERREZUELO, Ricardo D. y Núñez, Pedro F.. *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, Primera Edición, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, Primera edición, Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2002.

ISFOL, Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori. *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia: indagine sull'Impatto dell'outsourcing sull'organizzazioni industriali e sulle condiziono di tutela dei lavoratori*, Roma, ISFOL, 2011.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Colección Relaciones Laborales, Primera edición, Madrid: Editorial La Ley, 1999.

LÓPEZ FAJARDO, Alberto. *Elementos de derecho del trabajo*, Segunda edición, Bogotá: Ediciones Librería el Profesional, 2004.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. *El empresario aparente*, Primera edición, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992.

ORJUELA ALBARRACÍN, Laura *et al.* *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

PÉREZ GARCÍA, Miguel y Aragón de Pérez, Victoria. *Flexibilización laboral y "outsourcing"*, Primera Edición, Bogotá: Editorial Jurídica Dike, 1999.

SOLÉ RESINA, Judith. *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Primera edición: Madrid, Marcial Pons, 1997.

VALDÉS DAL-REÍ, Fernando. Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo. *In: Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Valladolid, 2001.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 6494 del 10 de octubre de 1994, M.P.: Ernesto Jiménez Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 10584 del 19 de mayo de 1998, M.P.: Jorge Iván Palacio.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 9552 del 10 de junio de 1998. M.P.: Rafael Méndez Arango.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 12187 del 27 de octubre de 1999, M.P.: José Roberto Herrera Vergara.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 17573 del 12 de junio de 2002, M.P.: Germán Valdés.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 21074 del 22 de abril de 2004, M.P.: Carlos Isaac Nader.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 36560 del 25 de septiembre de 2013, M.P.: Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 46237 del 7 de febrero de 2018, M.P.: Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia 71281 del 6 de febrero de 2019, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 11001-03-15-000-2002-0674-01(pi-050) del 22 de octubre de 2002, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

A TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA: ASPECTOS RELEVANTES E SEUS ATRASOS*

OUTSOURCING AND REFORM: RELEVANTS ASPECTS AND THEIR DELAYS

Luiza Sabino Queiroz**

RESUMO

O presente artigo possui o objetivo de estudar aspectos relevantes da nova referência legal sobre a terceirização, cuja disseminação se deu à revelia da norma heterônoma estatal por mais de 40 anos. Discute-se e reflete-se sobre pontuais previsões e lacunas das novas Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017, consideradas importantes para a prática, à luz dos princípios constitucionais e entendimentos doutrinários. O estudo nos leva a concluir que a novel legislação possui inadequadas permissões, como a terceirização irrestrita e em cadeia, bem como inconvenientes lacunas, como a impossibilidade de terceirização da atividade-fim da Administração Pública e a responsabilização por acidentes de trabalho. O resultado natural é o atraso no trato da relação triangular.

* Artigo enviado em 01.02.2019 e aceito em 09.03.2019.

**Advogada e sócia do Escritório de Advocacia Marra Teixeira Sabino. Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Graduada em Direito pela UFMG. Graduada em Administração Pública pela Escola de Governo, Fundação João Pinheiro. Lâurea acadêmica por esta última.

Palavras-chave: Terceirização. Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017. Atrasos.

ABSTRACT

The article aims to study relevant aspects about the new outsourcing law, whose dissemination occurred for more than 40 years ago. It discusses and reflects about punctual forecasts and gaps in the news Laws 13.429/2017 and 13.467/2017, considered important for the practice in outsourcing. This review is based on the constitutional principles and doctrine. The study leads us to conclude that the novel legislation has inadequate permissions, such as unrestricted and chain outsourcing, as well as inconvenient gaps, such as the impossibility of outsourcing the essential-activity of the Public Administration and the liability for work accident. Delays are the natural results.

Keywords: Outsourcing. Laws 13.429/2017 and 13.467/2017. Delays.

INTRODUÇÃO

O esgotamento do modelo fordista de produção, ao lado da globalização e da crise econômica - mais especificamente a crise do petróleo de 1973 - tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competição entre as empresas. Tais fatores culminaram na ascensão da chamada terceirização.

Segundo Delgado (2016), a expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário e interveniente. Bomfim (2013) explica que terceirização é a relação trilateral formada entre o trabalhador, o intermediador de mão de obra e o tomador de serviços. A ideia está associada ao modelo toyotista, que preza a produção da medida certa (*just in time*) e tem como fundamento o princípio constitucional da livre iniciativa (CRFB/1988, art. 1º, IV, e art. 170).

A primeira referência legal sobre a sistemática terceirizante ocorreu com a reforma administrativa, especificamente com a publicação do Decreto-Lei n. 200, de 1967 (art.10), que estimulava a subcontratação de tarefas executivas acessórias. No segmento privado, em 1974, foi publicada a Lei do Trabalho Temporário (6.019), que tratava de contratos de curto prazo, seguida pela Lei n. 7.102, de 1983, que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância bancária, e pela inclusão do parágrafo único ao art. 442 da CLT, em 1994, que presumiu a ausência de vínculo entre os associados da cooperativa e os tomadores de serviços.

Como a legislação trabalhista brasileira não proibia e nem regulamentava a prática, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula 256 (que apenas permitia a terceirização nos moldes da Lei n. 6.019/1974 e da Lei n. 7.102/1983) e editou a Súmula 331 em 1993. Esta representou incansável esforço do Tribunal Superior para evitar a precarização dos direitos trabalhistas, que necessariamente a terceirização desvirtuava causa.

A disseminação da prática no Brasil não se deu por ser um fenômeno inevitável, mas por ser insustentável para as empresas concorrerem em condições desiguais no mesmo mercado, já que a terceirização reduz custos. Conforme ensina Delgado (2015), o estímulo ou a resignação ao crescimento das práticas terceirizantes exprimem muito mais a desvalorização do trabalho e do emprego - e do trabalhador, evidentemente - do que uma fatal consequência de algum determinismo econômico.

Após mais de 40 anos de a terceirização se propagar no País, a omissão legislativa foi suprida em 2017 com a modificação da Lei n. 6.019/1974, por meio das Leis n. 13.429 e n. 13.467, que passaram a regular o instituto. Ocorre que a Lei n. 13.467/2017 expressamente permitiu a terceirização na atividade-fim da empresa, sem, no entanto, ressaltar a Administração Pública, o que pode dar margem ao entendimento de que tal previsão não se restringe ao âmbito privado. Já a Lei n. 13.429/2017 não dispôs sobre a responsabilização dos prestadores ao permitir a terceirização em cadeia, o que pode sugerir indevidamente a ausência do obrigar

jurídico do tomador final ou dos prestadores intermediários. Ademais, nenhuma das duas novas leis explicitamente tratou da responsabilidade nos acidentes de trabalho envolvendo empregados terceirizados, cuja celexuma é antiga.

Busca-se, nesse contexto, analisar as permissões e as omissões dos novos marcos regulatórios, e se isso culminou ou não em atrasos no trato da terceirização. Para tanto, foi realizada uma revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o tema, além de uma breve recapitulação histórica e principiológica. Algumas conclusões foram exemplificadas com recentes fatos envolvendo a relação trilateral.

O artigo foi dividido em cinco seções, embora não se tenha pretendido exaurir os aspectos controversos do assunto. A primeira parte tratou da permissão legal da terceirização na atividade-fim. Em seguida abordou tal possibilidade no âmbito estatal. Em um terceiro momento analisou a responsabilidade na terceirização em cadeia e em seguida a responsabilidade em caso de acidente de trabalho. Por fim, efetuaram-se algumas considerações finais.

TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA

No âmbito internacional, a terceirização surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias norte-americanas de armamento se depararam com aumento excepcional da demanda por armas e decidiram concentrar esforços na atividade principal, transferindo as atividades de suporte para terceiros. Antes desse marco histórico não era possível falar em terceirização porque, apenas a partir dele, houve verdadeira interferência na sociedade e na economia (CASTRO, 2000).

Nota-se, pois, que o fenômeno da terceirização nunca objetivou transferir para outrem a atividade principal, mas tão somente as consideradas secundárias, exatamente para ser possível concentrar o máximo de esforços e de recursos humanos na atividade-fim. A partir desse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho cuidadosamente editou e aperfeiçoou com o tempo a

Súmula 331, buscando não desvirtuar o alcance originário da prática. Assim, estabeleceu-se como regra a terceirização na atividade-meio e, excepcionalmente, na atividade-fim.

Embora não haja consenso, a atividade-fim pode ser entendida como a tarefa intimamente relacionada ao propósito social da empresa, muitas vezes identificado em seus estatutos constitutivos (MARTINEZ, 2018). Já a atividade-meio pode ser conceituada como sendo os serviços especializados auxiliares ao processo produtivo, de bens ou serviços, que não produzem isoladamente proveito econômico, por não estarem ligados diretamente aos fins sociais da tomadora (CASTRO, 2000).

Diante da dificuldade de se distinguir com segurança a atividade-meio da atividade-fim, Homero da Silva (2015, p. 123) propõe o critério da especialização. Para o jurista, a terceirização somente seria válida se o prestador fosse uma empresa especializada na atividade de apoio,

[...] se a prestadora é efetivamente uma empresa dedicada àquela função, presume-se válida a terceirização [...]. Trata-se do critério da especialização e não do critério da fragmentação das atividades.

Porém, em 2017, a Lei n. 13.467, ao incluir o art. 4º-A à Lei n. 6.019/1974, expressamente permitiu a terceirização na atividade principal da empresa, em claro descompasso com o histórico do próprio instituto e dos princípios basilares do Direito do Trabalho. Conquanto tenham emergido inúmeras discussões contrárias à inovação legislativa, em 30 de agosto de 2018, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252, ser possível a terceirização irrestrita, isto é, tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim.

Com o devido respeito, tal decisão somente corroborou para a chamada “terceirização de conveniência”, pois não necessariamente o empresariado precisa concentrar esforços na consecução do seu objeto social, já que se permite contratar a atividade fundamental indiscriminadamente. “Houve, portanto,

uma desnaturação, uma desfiguração, uma adulteração, uma descaracterização daquilo que era da natureza da terceirização.” (MARTINEZ, 2018, p. 333).

Assim, no atual contexto, a discussão da diferença entre as atividades essenciais e secundárias de uma empresa parece ter se tornado vazia. Ademais, esse quadro pode culminar no estranho futuro de

[...] empresas tomadoras sem empregados ou com alguns poucos em atividades de comando que ela, por tratamento diferenciado, quisesse proteger, e, num mundo paralelo, outra empresa - a prestadora - cheia de especialistas que - por alguma razão inimaginável - estarão vinculados a uma entidade que nada produz, mas apenas oferece mão de obra para que outra empresa produza. (MARTINEZ, 2018, p. 357).

Conforme acentua Dallegrave Neto (2018), permitir que o setor estratégico, finalístico e essencial do empreendimento seja terceirizado é deformar o próprio conceito de empresa, visto como o ente que congrega quatro elementos, quais sejam, insumo, tecnologia, capital e mão de obra. Portanto, terceirizar a atividade-fim é, além de desvirtuar o próprio instituto, desnaturar a aliança necessária para a configuração estrutural de uma empresa.

Ainda que a Lei n. 6.019/1974 atualmente preveja capital mínimo para o funcionamento de uma prestadora de serviços terceirizados (art. 4º-B, III), bem como, no julgamento conjunto supracitado, o Supremo Tribunal Federal tenha atribuído à contratante averiguar a idoneidade e a capacidade econômica dessa empresa, a prática mostra que o fenômeno dificulta o adimplemento do crédito trabalhista. Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (2016, p. 105) ensina que as prestadoras de serviços,

[...] como ficam na inteira dependência das empresas tomadoras de serviços e enfrentam a concorrência, nem sempre leal, de outras empresas do ramo, dificilmente experimentam crescimento próprio ou solidez econômica, sendo frequentes as insolvências.

Além da possível dificuldade em receber o que é devido, assevera Delgado (2015, p. 45) que, embora a terceirização trabalhista não seja, obrigatoriamente, redutora de postos de trabalho, “[...] ela é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo clássico Direito do Trabalho”, propiciando, portanto, ao menos em um momento inicial, considerável redução das garantias e ganhos do trabalhador. Outrossim, Martinez (2018) explica que, na qualidade de técnica de organização do processo produtivo, a terceirização não visa nada mais do que à irrefletida redução de custos mediante o sacrifício dos direitos sociais.

Nesse contexto, são apontados pela doutrina como efeitos da terceirização, dentre outros: (i) precarização dos direitos trabalhistas - haja vista a recorrente impontualidade no recebimento das verbas, a discriminação remuneratória e o menoscabo pelas condições do labor, conforme se depreende dos dados do Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho, segundo o qual “[...] 90% dos trabalhadores resgatados nos dez maiores flagrantes de trabalho escravo contemporâneo envolviam empregados terceirizados.” (MARTINEZ, 2018, p. 357); (ii) enfraquecimento do associativismo - a multiplicidade de empregadores dificulta o exercício de pressão eficaz, tornando quase impraticável o direito de greve e de outras formas coletivas de solução de conflito; (iii) ausência do sentimento de pertencimento do terceirizado - afinal, “[...] os empregados mal se conhecem e a rotatividade é altíssima, apesar de em sua origem a terceirização carregar a ideia do prolongamento dos contratos de trabalho.” (SILVA, 2015, p. 127); (iv) criação de “castas” entre empregados e terceirizados, já que os direitos e o tratamento não são isonômicos.

Quanto ao último efeito, recente episódio exemplifica essa desvalorização do empregado terceirizado dentro do seu próprio local de trabalho. No dia 30 de novembro de 2018, foi divulgado em todo o País notícia sobre um funcionário de uma famosa rede de hipermercado que haveria cometido um crime contra um animal durante o seu horário de trabalho. Posteriormente, essa empresa emitiu nota de esclarecimento reconhecendo a gravidade do ato e

deixando claro que o trabalhador era terceirizado e já havia deixado a empresa: “[...] Desde o início da apuração, o funcionário de empresa terceirizada foi afastado.” (VejaSP, 2018).

Sem entrar no mérito da atitude do trabalhador e tampouco se houve ou não ordem da tomadora para tanto, o que se busca mostrar é que a empresa pretendeu utilizar como álibi o fato de o empregado ser terceirizado. Porém, a invocação velada de equivocada exculpante acabou transparecendo que o empregado terceirizado é tratado como um trabalhador alheio à organização, além de totalmente descartável e substituível. Na nota de esclarecimento, de forma oculta, o hipermercado quis ressaltar que o terceirizado não faz parte do *dream-team* da empresa, como atualmente costumam dizer no âmbito organizacional.

Destarte, a autorização irrestrita da prática apenas aumenta o número de trabalhadores vulneráveis, sujeitos a não receberem seu crédito, coletivamente desorganizados e sem vínculo com o ambiente laboral. A possibilidade legal, chancelada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, de terceirização ampla traz à tona uma fórmula de gerenciamento da força obreira que tem o histórico brasileiro de reduzir os ganhos do trabalho no mundo capitalista.¹

Enquanto há gradativa busca mundial pela concretização da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da erradicação da marginalização e da redução das desigualdades no âmbito laboral (princípios garantidos na CRFB/1988, art. 1º, III e IV; art. 3º, III), a permissão da terceirização ilimitada representa atraso.

¹ Processualmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal também tem importante repercussão, já que o § 5º do art. 884 da CLT, à semelhança do § 12 do art. 525 do CPC/2015, permite a declaração de inexigibilidade do título executivo fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Isso significa que os títulos judiciais fundados em decisões sobre a proibição de terceirização em atividades-fim são inexigíveis se a execução se der após transitar em julgado a decisão do Supremo Tribunal Federal ou são passíveis de ação rescisória se anteriores ao referido trânsito. Vale lembrar que o prazo dessa ação rescisória é de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão do Supremo (CPC/2015, art. 525, § 15).

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal pode levar à errônea conclusão de que a Administração Pública também está autorizada a terceirizar suas atividades-fim ou que as concessionárias contratadas poderão fazê-lo. Consoante abordado brevemente na introdução, o setor público inseriu a ideia da terceirização no ordenamento jurídico nacional ao permitir a descentralização de suas atividades acessórias, não havendo permissão para tal prática em suas atividades essenciais, *ex vi* Decreto-Lei n. 200, de 1967 (art. 10), c/c a Lei n. 5.645, de 1970 (art. 3º).

Embora a Lei n. 6.019/74 tenha silenciado sobre a terceirização na Administração Pública, outra não pode ser a conclusão, haja vista o inciso II do art. 37 da CRFB/1988, que exige a prévia aprovação em cargo ou emprego público para a investidura no serviço público. Assim, ainda que haja contratação de terceiros para a execução da atividade-fim estatal, não há falar em formação de vínculo com o tomador, ante o óbice constitucional. Nesse sentido permanecem intactos o item II da Súmula 331 e a Súmula 363, ambas do Tribunal Superior do Trabalho.

O tema se faz relevante em principal porque tramita no Supremo Tribunal Federal a ADC 26, que trata da possibilidade ou não de terceirização da atividade-fim pelas concessionárias de serviços públicos e dos serviços de telefonia, haja vista a expressão “inerente” no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/1995 e no inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/1997. Sobre a terceirização na atividade-fim ou atividade típica, ensina Marcos Villela Souto (1997 *apud* NETO, 2007, p. 138):

Em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividade típica do Poder Público, notadamente, as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso da força ou independência no controle podem (e muitas vezes devem) ser terceirizadas.

O Decreto Presidencial n. 9.507, de 2018, que trata da terceirização na Administração Pública federal, parece ter seguido essa linha ao expressamente ressaltar da execução indireta, na administração direta, autárquica e fundacional, os serviços típicos do Estado (art. 3º). Em contrapartida, serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios poderão ser subcontratados (§§ 1º e 2º). Já no caso das empresas estatais, a possibilidade de terceirização é mais ampliada, mas, ainda assim, incabível em atividades inerentes (art. 4º).

Quanto à responsabilização da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, em 30 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 760.931, com repercussão geral reconhecida, confirmou o entendimento da ADC 16, que decidiu pela constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Com isso, somente é permitida a condenação automática do ente público se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva na fiscalização do contrato, o que vai ao encontro do item V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.²

Na situação ora analisada, duas normas fundamentais se confrontaram, as verbas trabalhistas dos terceirizados (que cumprem o valor social do trabalho e garantem a dignidade da pessoa humana - CRFB/1988, art. 1º, III e IV) e a higidez do erário (que é um interesse difuso). Nesse caso, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, oriundo do direito alemão, que se desdobra em 03 subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com a devida *venia*, conquanto o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 seja adequado para a preservação da higidez do erário, entendemos que ele não é necessário, pois é possível adimplir o passivo trabalhista contingente por outros meios que não sacrificam

² Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a decisão no RE 760.931 substituiu a eficácia da tese fixada na ADC 16. Processualmente isso significa que não é mais possível a utilização da Reclamação Constitucional direta ao Supremo Tribunal contra decisão de 1º grau que reconhece a responsabilização automática da Administração Pública pelo crédito trabalhista dos terceirizados mesmo sem culpa, pois primeiro devem ser esgotadas as instâncias inferiores (CPC/2015, art. 988, § 5º, II).

sobremaneira as verbas dos terceirizados. São exemplos dessas medidas: a utilização de parâmetros de elaboração do edital nos moldes do art. 19-A da revogada IN 02/2008 do MPOG; a demonstração de quitação das obrigações trabalhistas como condição do empenho da despesa; a glosa do valor a ser repassado para pagamento direto dos valores devidos aos trabalhadores terceirizados; a imposição de rígidos requisitos para o caso de subcontratação, dentre outras precauções.

A desnecessidade da responsabilização subsidiária condicionada do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 - para garantir a hígidez do erário em detrimento do pagamento das verbas trabalhistas - dispensa a análise do último subprincípio, pois o sacrifício de um dos valores em favor do outro já se mostra desproporcional.

A omissão legislativa quanto à impossibilidade de terceirização ampla no setor público e quanto ao estabelecimento de requisitos mínimos que o ente deve cuidadosamente cumprir para justificar sua responsabilização subsidiária representa atrasos para a garantia da terceirização virtuosa nos governos. Ademais, a condicionante reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal à responsabilização estatal pelos créditos dos trabalhadores terceirizados (somente se conduta omissiva na fiscalização dos contratos) deve ser aplicada de forma restrita, isto é, apenas à Administração Pública, não se estendendo a qualquer outro tomador, ainda que se trate de terceirização em cadeia no setor privado, sob pena de outros atrasos.

TERCEIRIZAÇÃO EM CADEIA

No setor público, a subcontratação foi permitida pela Lei n. 8.666/1993 (art. 72) e, no setor privado, não foi proibida expressamente, o que levava à aplicação do princípio da legalidade (CRFB/1988, art. 5º, II), embora sempre tenha sido objeto de discussão, haja vista seus possíveis efeitos nefastos para os terceirizados.

A Lei n. 13.429, de 2017, incluiu à Lei n. 6.019/1974 o § 1º do art. 4º-A, que passou a permitir que a empresa prestadora de serviços subcontrate outras empresas para a realização das atividades que lhe foram incumbidas pelo tomador. Com isso, autorizou-se de forma expressa a chamada terceirização em cadeia, mas não há qualquer menção quanto à responsabilização das empresas que subcontratam e do tomador final.

Conforme ensina Martinez (2018, p. 336), na terceirização em cadeia,

[...] uma empresa prestadora de serviços a terceiros que foi contratada para oferecer, por exemplo, o serviço de limpeza (empresa A) subcontrata outra empresa do mesmo setor de limpeza (empresa B) para fazer exatamente aquilo que era sua atribuição originária. O problema da terceirização em cadeia é que ela pode não ter fim: a empresa A subcontrata a empresa B, que, por sua vez, subcontrata a empresa C e esta a D, e assim sucessivamente, até que a responsabilidade da empresa que deu início à cadeia se esmaça e se torne difícil a sua responsabilização patrimonial.

A ausência de limites legais para a subcontratação, que pode ser *ad infinitum*, não exime a empresa contratante da responsabilização subsidiária pelas obrigações trabalhistas eventualmente inadimplidas pelas subcontratadas. Isso se dá por alguns motivos: (i) a distância da figura do empregador da do empregado não pode ser usada para o contratante se esquivar do dever de cumprir o crédito trabalhista, sob o manto do desconhecimento ou ignorância. Para tanto, usa-se a chamada teoria da cegueira deliberada, oriunda do direito penal; (ii) essa concepção se torna ainda mais robusta quando se invoca a teoria do domínio do fato, conforme abordada na Ação Penal 470, mais especificamente a teoria da autoria mediata por domínio da organização, desenvolvida por Claus Roxin (2011, p. 16), segundo a qual “[...] o domínio exercido pelo autor imediato que executa o fato com suas próprias mãos não exclui o domínio exercido por aquele que controla o aparato.” Assim,

em uma organização se presume que o superior domina ou deveria dominar determinada prática que nela ocorre - no caso da terceirização em cadeia, o desrespeito aos direitos trabalhistas; (iii) ademais, cabe ao contratante internalizar as externalidades negativas do seu processo de produção, o que inclui a frustração de obrigações trabalhistas, à luz do princípio da *ajenidad*.

Conforme bem pondera Homero da Silva (2015, p. 126),

[...] o que precisa ficar bem claro é que no campo do direito do trabalho jamais o beneficiário da atividade laboral pode ficar de fora da responsabilidade. [...] Diante do cenário de banalização da terceirização - em que se terceiriza tudo, a toda hora, mesmo sem necessidade - a responsabilidade subsidiária encontra grande importância e representa a única e pequena garantia de recebimento dos haveres trabalhistas. Vozes bastante autorizadas do direito do trabalho preconizam que se passe de uma vez por todas da responsabilidade subsidiária diretamente para a solidária.

Nesse sentido, a saudosa Alice de Barros (2016, p. 303), que assim ensina: “[...] mais conveniente teria sido a edição de lei atribuindo ao tomador dos serviços a responsabilidade de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva, para assegurar ao obreiro maior garantia”, à semelhança do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.

Portanto, a melhor forma que o tomador final tem de se precaver da responsabilidade por créditos trabalhistas de subcontratados que ele nem mesmo tinha conhecimento é controlar energicamente o adimplemento dessas obrigações, o que pode ser facilitado com previsão contratual de restrição de número de subcontratações, já que a lei não a faz. Com esse tipo de fiscalização e limitação, a tomadora final tem consideráveis chances de preservar não apenas o seu patrimônio, mas também a sua imagem.

Exemplifica essa conclusão recente notícia divulgada na mídia em que conhecida marca nacional foi acusada de confeccionar roupas com trabalho escravo. Nas redes sociais (*facebook* e *instagram*), a empresa reconheceu o erro e esclareceu:

[...] faz parte das nossas práticas exigir documentação atualizada, de acordo com a legislação trabalhista, para a contratação de fornecedores. Mas reconhecemos ter errado na fiscalização rotineira das oficinas terceirizadas. (@amissimaoficial, 2018).

Esse não é o primeiro episódio de divulgação de famosa marca de vestuário ser acusada de praticar trabalho escravo moderno por meio de seus subcontratados. A repercussão não é boa e pode culminar inclusive no boicote da compra. Os consumidores estão cada vez mais atentos, e já é possível encontrar aplicativo de celular e tablete, chamado Moda Livre, que traz lista dos principais varejistas de roupa no País e empresas que, mesmo menores, foram flagrados em casos de trabalho escravo moderno. Portanto, faz-se urgente a diminuição do número de subcontratados para o devido monitoramento.

A omissão legal quanto aos limites da subcontratação e quanto à responsabilização do tomador final causam atrasos não apenas ao princípio da plenitude da ordem jurídica, mas também ao próprio processo. A subcontratação irrestrita dificulta ao terceirizado e ao operador do direito (seja o advogado, seja o magistrado) a identificarem e responsabilizarem o tomador final, o que atrasa sobremaneira a marcha processual e o adimplemento do crédito trabalhista.

Ressalta-se que, embora tenham a mesma origem, a terceirização em cadeia não se confunde com a quarteirização, que consiste na contratação de uma empresa para que ela fiscalize ou gerencie a prestação de serviços de outra empresa. Nesse sentido,

[...] a quarteirização vem a ser a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar as empresas terceirizadas, as parcerias. Normalmente se contrata uma empresa completamente distinta das terceirizadas e especialista num mercado determinado de serviços ou de administração de serviços. Esta empresa passa a administrar os fornecedores da terceirizante, em função do grande número deles [...] A quarteirização também vem a ser uma

parceria entre a empresa que quer terceirizar e a empresa que vai gerenciar a terceirização, o que acaba por melhorar a eficácia do referido processo (MARTINS, 1996, p. 19).

A quarteirização não foi contemplada na recente modificação da Lei n. 6.019/1974, mas não há razões para ser proibida, pois, por se tratar de uma delegação da gestão de contratos, não causa, por si só, prejuízos aos trabalhadores. Ao revés, pode ser positiva para o controle do adimplemento das verbas trabalhistas e até para a supervisão de diversos episódios, como a substituição de terceirizados em razão de acidente de trabalho.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ACIDENTE DE TRABALHO

Conforme o mais recente Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho (AEAC), apenas em 2016 foram registrados 578.935 acidentes do trabalho no Brasil, dos quais 2.265 resultaram em morte do trabalhador. O Anuário computou os eventos que tiveram a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) registrada no INSS e aqueles que, embora não tenham sido objeto de CAT, deram origem a benefício por incapacidade de natureza acidentária. Nota-se, pois, que o número de acidentes do trabalho no País é alarmante, em principal porque não representa a realidade, já que milhares de acidentes não são comunicados ao órgão responsável, conforme se extrai da seguinte análise:

Uma pesquisa recente do IBGE em conjunto com o Ministério da Saúde, divulgada em 2015, apontou surpreendente estatística projetada de quase 5 milhões de acidentes do trabalho por ano no Brasil [...] enquanto a estatística oficial da Previdência Social aponta somente 116.601 acidentes. Com efeito, é imperioso concluir que ainda é muito alta a subnotificação dos acidentes do trabalho no Brasil (OLIVEIRA, 2016, p. 38).

Embora o AEAC não identifique especificamente o número dos trabalhadores terceirizados que sofreram acidente do trabalho,

a defasagem no treinamento e o ineficaz acesso à informação sobre riscos ampliam a exposição a acidentes, adoecimentos e maior sujeição às condições insuportáveis de trabalho. Nesse sentido, Sebastião Oliveira (2016), segundo o qual a prática tem demonstrado que os serviços terceirizados são os que mais expõem os trabalhadores a riscos e, por consequência, a sofrer acidentes ou doenças ocupacionais, pois se referem a empregos de baixo nível remuneratório e pouca especialização, que normalmente dispensam experiência e treinamento.

Também ressaltam Tânia Franco e Maria da Graça de Faria (2013, p. 483), quanto à saúde mental dos empregados,

[...] resultados de pesquisa tem evidenciado que trabalhadores, outrora empregados (fordistas), eram capazes de recusar condições inseguras de trabalho e, hoje, terceirizados, não mais o fazem.

As autoras concluem que os terceirizados são os que mais se sujeitam aos riscos coletivos, propalados como inevitáveis em face da competitividade.

Conquanto o § 5º do art.5º-A da Lei n. 6.019/1974 estabeleça a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, a responsabilidade civil pelas obrigações acidentárias não se depreende dessa previsão, já que não abrange as obrigações civis e indenizatórias, mas se subtrai do § 3º do mesmo artigo.

O § 3º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974 dispõe que é responsabilidade do contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. Logo, não residem dúvidas e é imperioso concluir pela responsabilidade solidária no caso de o terceirizado sofrer acidente de trabalho. Isso porque seria bastante contraditório incumbir ao tomador a responsabilidade pela observância da segurança, higiene e saúde na prestação de serviços

e retirá-la no caso de acidente do trabalho ou desvinculá-la do seu real empregador, a prestadora, e atribuí-la apenas ao contratante.

No mesmo sentido o inciso II do art. 4º-C da atual Lei n. 6.019/1974, segundo o qual são asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços as mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. Ora, se a nova lei impôs ao tomador garantir iguais circunstâncias seguras e hígidas para o exercício do trabalho terceirizado, a responsabilidade daquele que não providencia tal ambiente laboral é manifesta, ao lado do prestador por culpa *in vigilando*.

À luz da teoria do diálogo das fontes, continuam a corroborar para a solidariedade passiva supracitada os arts. 942, 932 e 933 do CC/2002, que tratam da responsabilidade por ato de terceiro, além das Convenções n. 155 (art. 17) e 167 (art. 8º) da OIT, ratificadas pelo Brasil em 1992 e 2006, respectivamente, bem como o Enunciado 44 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que sempre foram invocados nos julgamentos dos Tribunais para superar o item IV da Súmula 331 do TST. Afinal, conforme antiga alegoria *qui habet commoda ferre debet onera*, nada mais justo que o beneficiário efetivo responda solidariamente pelo infortúnio do trabalhador terceirizado que lhe prestava valiosos serviços.

A necessária integração jurídica para preencher a lacuna normativa verificada no recente ordenamento da terceirização reforça o atraso legislativo de 40 anos no trato de celeumas trabalhistas antigas. Conquanto a omissão não seja capaz de impedir a evolução da discussão, o avanço para a simples subsunção deixou de acontecer.

CONCLUSÃO

A terceirização no Brasil se insere no bojo da pressão pela flexibilização dos direitos trabalhistas e consiste numa relação trilateral de emprego, contrariando, pois, a ligação bilateral clássica

entre empregado e empregador. Essa subcontratação de empregados sempre foi interpretada de forma restritiva pela jurisprudência e doutrina exatamente porque, ao menos em um momento inicial, significa redução das garantias e ganhos obreiros. Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que foi alterada ao longo dos anos para melhor se adequar às constantes mudanças e exigências do mercado de trabalho e do próprio setor público.

Em 2017, mais de 40 anos após a sua disseminação, a lacuna legislativa foi suprida com a mudança da Lei n. 6.019/1974, que passou a regular o instituto. À revelia de todo o histórico e de toda a construção jurisprudencial sobre a prática, e sob o questionável manto de recuperação do crescimento econômico, a novel legislação autorizou determinados desdobramentos da terceirização, sem, no entanto, fazer as devidas ressalvas e imputar as devidas responsabilizações, instigando, portanto, a chamada terceirização predatória, em detrimento do possível viés virtuoso que o instituto é capaz de gerar.

Assim, atualmente, há permissão legal para a terceirização irrestrita, o que, no entanto, não pode ser estendido para a Administração Pública, que permanece impedida de executar indiretamente as suas atividades-fim. Também há aval para a terceirização em cadeia, o que não exime o tomador principal de responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas de qualquer dos subcontratados. Já a responsabilização solidária em acidente de trabalho é extraída implicitamente do novo § 3º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974, não havendo falar em subsidiariedade no caso.

Tais conclusões buscam amenizar os efeitos danosos causados pela terceirização desvirtuada, à luz dos limites constitucionais explícitos ao processo terceirizante, quais sejam: dignidade da pessoa humana; valorização do trabalho; busca pela sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais; função social da propriedade; busca do pleno emprego (CRFB/1988, art. 1º, III e IV; 3º, II, III e IV; 170).

Atraso significa demora, falta, carência, privação. As permissões irrefletidas e a conservação de lacunas sobre aspectos relevantes da terceirização culminam em atrasos no correto desenvolvimento da prática. As suas consequências continuam a ser predominantemente suportadas pelos terceirizados, mas também podem ser divididas com os tomadores, que, convencidos a atuar de forma menos responsável, deparam-se com sentenças procedentes e custos processual e de imagem agregados.

REFERÊNCIAS

@AMISSIMAOFICIAL. Instagram, 2018. Disponível em: https://instagram.com/amissimaoficial?utm_source=ig_profile_share&igshid=qwh7996fo574. Acesso em: 29 dez. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. rev. São Paulo: LTr, 2016.

BOMFIM, Vólia. *Direito do trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 26. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3836252>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 324. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 760.931. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 958.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 15 dez. 2018.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A amplitude da terceirização instituída pela reforma trabalhista e seu impacto no mundo do trabalho. In: *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 08, n. 72, p. 29-50, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FRANCO, Tania Maria de Almeida; FARIA, Maria da Graça Druck de. A terceirização/subcontratação do trabalho no Brasil e sua interconexão com a saúde mental no trabalho. In: FERREIRA, Januário Justino (org.). *Saúde mental no trabalho*. Goiânia: Cir. Gráfica, 2013.

MARTINEZ, Luciano. A terceirização de 2017. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (org.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2016.

ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado* [livro eletrônico]: parte 1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VEJASP. Abril: São Paulo, 2018, 07 de dezembro. Disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/cidades/seguranca-cachorro-carrefour-confissao/>. Acesso em: 29 dez. 2018.

A TERCEIRIZAÇÃO E A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS EFEITOS DA DECISÃO SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO*

THE OUTSOURCING AND THE VIEW OF THE SUPREME FEDERAL COURT: THE EFFECTS OF THE DECISION UNDERWARDS OF THE PRINCIPLE OF BACKWARD SEALING

Luciano Ehlike Rodrigues**
Rodrigo Thomazinho Comar***

* Artigo enviado em 28.02.2019 e aceito em 24.03.2019.

** Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), em 2002. Especialista em Direito e Processo do Trabalho Pela Ematrapr - Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná, em 2006. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), em 2000. Membro do Grupo de Pesquisa sobre a Reforma Trabalhista: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa - UNICURITIBA. Curitiba - PR. *E-mail*: ehlike@hotmai.com.

*** Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) em 2002. Graduado pela Universidade Estadual de Londrina em 2000. Membro do Grupo de Pesquisa Reforma Trabalhista: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. *E-mail*: rodrigoadvoc@hotmai.com.

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar e estudar os efeitos da recente decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao fenômeno da terceirização irrestrita na atividade empresarial, abordando, inicialmente, seus aspectos conceituais e históricos. Após, será analisada a decisão sob o prisma jurídico e suas implicações em relação ao empregador e empregado. Em seguida, a pesquisa envolverá as repercussões da citada decisão em razão do princípio da vedação ao retrocesso que, por sua vez, ganha especial atenção por se tratar de importante diretriz do arcabouço constitucional.

Palavras-chave: Terceirização. Supremo Tribunal Federal. Princípio da vedação ao retrocesso.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze and study the effects of the Federal Supreme Court's recent decision on the phenomenon of unrestricted outsourcing in business activity, initially addressing its conceptual and historical aspects. Afterwards, the decision will be analyzed under the legal prism and its implications in relation to the employer and employee. Next, the research will involve the implications of the aforementioned decision because of the principle of the prohibition of retrocession, which in turn gains special attention because it is an important guideline of the constitutional framework.

Keywords: Outsourcing. Federal Court of Justice. Principle of backward sealing.

INTRODUÇÃO

O estudo em questão tem por objetivo a análise do fenômeno econômico e jurídico da terceirização, o qual ganhou maior destaque devido às inovações legislativas sobre o tema, mas,

principalmente, em razão de recente interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da constitucionalidade de tal prática no processo produtivo.

Assim, como forma de contextualizar o leitor sobre a pesquisa, necessário se faz abordar o cenário histórico de sua criação, desenvolvimento e implantação na rotina empresarial, bem assim a definição de seus contornos e conceito, como forma de averiguar e delimitar o estudo, para melhor compreensão do tema e de sua abrangência.

Após, o trabalho procura abordar a citada decisão da Suprema Corte que, em seu contexto, teve como dialética os paradigmas constitucionais do valor social do trabalho e da livre iniciativa, de onde procurou analisar a terceirização, visando a proferir o seu julgamento quanto à sua constitucionalidade.

Importa destacar o fato de que o julgado, em razão de seu amplo e profundo efeito, também teve que abarcar questões consideradas “paralelas”, mas de igual importância, tais como os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, bem como os constitucionais, além da afetação atribuída ao tema em relação à nova legislação, que, apesar de não estar sob julgamento, também guarda relação com a temática em pauta.

Nesse ponto, verifica-se o conteúdo dos votos dos Ministros Luiz Edson Fachin, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, tendo em vista a flagrante divergência de fundamentos que envolvem a questão, dos quais se verifica a patente dialética que norteia a questão em foco.

Analisa-se o tema e a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal sob o viés do princípio constitucional da vedação ao retrocesso, o qual também tem estreita ligação com o princípio da proteção, tendo em vista que o trabalho humano é considerado um direito social e diante dos efeitos que tal julgado teve sobre as relações de trabalho e a prática empresarial.

No mais, a investigação leva em consideração a pesquisa bibliográfica acerca do tema, bem como a análise de decisões judiciais, procurando estabelecer os contrapontos entre os valores envolvidos na terceirização, com o intuito de verificar seus impactos perante as relações de trabalho.

1 TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Antes de se adentrar no teor da recente decisão do Supremo Tribunal Federal e de seus efeitos em relação ao princípio da vedação ao retrocesso, mister se faz contextualizar o fenômeno da terceirização, bem como buscar um conceito que permita ao leitor situar-se a respeito da amplitude e importância que envolvem o tema.

Dessa forma, o instituto da terceirização, do ponto de vista econômico e jurídico, pode ser compreendido, no âmbito do Direito do Trabalho, como sendo a inclusão de um trabalhador no processo produtivo de um contratante de serviços, sem que isso gere os efeitos trabalhistas com relação a este último, criando, por esse modo, uma relação triangular, a qual fazem parte o prestador de serviços, o tomador destes e o fornecedor de mão de obra.

A ideia da terceirização está intimamente ligada ao *marchandage*, ou seja, a mera locação da força de trabalho, tendo em vista que a prestação de serviço subordinado, no sistema capitalista, é considerada mercadoria, e, como tal, admite à forma de exploração.

Em seu aspecto sintático, a palavra terceirizar remete a ideia de intermediário ou interveniente.

Nas palavras de Delgado (2007, p. 430), o referido fenômeno é considerado como sendo aquele “[...] pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.”

Para Bezerra Leite (2018, p. 315), a terceirização pode ser conceituada como:

[...] um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados.

É através dessa relação triangular que surge a diferenciação com o modelo clássico trabalhista do vínculo de emprego, pois, neste, não há um terceiro elemento na relação, configurando-se a sua conformação bilateral.

Encontra-se, assim, a terceirização inserida num cenário de desregulamentação e flexibilização das normas que regulam as relações de trabalho, na medida em que sua adoção decorreu de um ambiente onde a globalização das economias e a flexibilização de direitos estavam em franca expansão.

A Consolidação das Leis do Trabalho, quando do seu advento, não previa a figuração da terceirização, mas apenas fazia menção à subcontratação de mão de obra, a subempreitada (art. 455 do Texto Consolidado).

Entretanto, é no fim da década de 60 e início da década de 70, em razão da adoção da política de liberalismo econômico, somada a novas formas de organização do trabalho e especialização da produção industrial, que a ideia da terceirização começa a ganhar adeptos, uma vez que as empresas buscavam maior eficiência na produção de bens aliada ao custo mais barato da mão de obra.

É com a instituição do Decreto-Lei n. 200/1967 que surge o primeiro elemento legislativo que remete à ideia de terceirização, sendo este vinculado ao âmbito da Administração Pública.

Após tal instrumento legislativo, surgem novas normas que visavam a permitir ou a regular a relação de terceirização entre prestadores e tomadores de serviço, dos quais se verificam as Leis n. 6.019/1974 (trabalho temporário) e n. 7.102/1983 (trabalho de vigilância bancária de forma permanente).

Ocorre, entretanto, que, apesar de tais normativos - específicos para determinadas situações - não havia qualquer outro regulamento que disciplinasse a atividade, a qual ganhava corpo e era cada vez mais adotada na cadeia produtiva das empresas que, conforme dito, buscavam mais especialização na produção com o menor custo possível.

Dessa maneira, em decorrência de sua adoção cada vez maior, tais situações não tardaram a chegar ao Poder Judiciário trabalhista

que passou a dar entendimentos diversos e variados a respeito do tema, o que culminou com a edição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, do Enunciado 256, em 1986. Passados alguns anos, em 1993, houve o cancelamento desse enunciado para a sua substituição pela Súmula 331, a qual passou a regular tal temática, tendo em vista a lacuna legislativa existente.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TERCEIRIZAÇÃO

Em princípio, em face da existência de lacuna normativa quanto ao tema da terceirização, em especial sobre a complexa distinção entre o que configurava atividade-meio e atividade-fim, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento corporificado na Súmula 331.

O elevado número de demandas judiciais submetidas ao crivo do Judiciário exigia um pronunciamento da Corte Trabalhista acerca do fenômeno econômico, lides essas que geravam uma grande quantidade de recursos para as instâncias superiores, criando conclusões díspares sobre o tema.

Fruto de milhares de análises de julgados acerca do instituto da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado de súmula já citado, com a redação atual, a qual se passa a transcrever para melhor compreensão a respeito da problemática:

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

A despeito do verbete sumular acima transcrito, Célio Neto (2018, p. 411) pontua:

O enunciado da Súmula n. 331 acabou por criar uma distinção entre atividade-meio e atividade-fim, vedando que a empresa contratasse junto ao terceiro a realização do seu *core business*. O problema é que não há clareza na diferenciação e nem uma regra a esclarecer o que é atividade-meio e o que é atividade-fim.

Ocorre que, em março de 2017, foi editada a Lei n. 13.429, trazendo alterações na Lei n. 6.019/1974, que já versava sobre o trabalho temporário, tema este ressalvado e excepcionado no item I da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Porém, nas palavras de Souza Júnior (2018, p. 576-578), a preocupação lançada é a seguinte:

O problema atual é que, estendida a terceirização ilimitadamente para qualquer setor das empresas ou profissionais liberais, incluídas as atividades centrais (as chamadas atividades-fim), poderá haver empregado terceirizado (não temporário) em idêntico nível de integração corporativa na estrutura da tomadora (ou até superior, considerando a tendência de maior longevidade do trabalhador na estrutura das empresas clientes).

Por meio do § 2º¹ do artigo 4º-A da referida Lei, o Poder Legislativo autorizou a terceirização da chamada atividade-fim.

Em meio a toda essa construção jurisprudencial e, mesmo após a edição das recentes Leis n. 13.429/2017 (que alterou a Lei do Trabalho Temporário - Lei n. 6.019/1974) e n. 13.467/2017 (popularmente conhecida como Reforma Trabalhista), o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral do Tema 725², trazendo ao Plenário o julgamento do RE n. 958.252, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux, bem como a ADPF n. 324, da relatoria do Ministro Barroso, finalizou, no dia 30 de agosto de 2018, o julgamento do aludido tema.

Por meio desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de terceirização também na atividade-fim do empregador e, em consequência, acabou declarando a inconstitucionalidade da Súmula 331, construída pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Em apartada síntese, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal acerca do instituto da terceirização:

¹ “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. [...] § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.”

² O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Tema 725, em relação à “Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa.”

O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.³

Cabe destacar que o Ministro Marco Aurélio de Mello, de forma divergente, entendeu pela constitucionalidade da Súmula 331 do TST, pois, pela ótica de seu voto, considerou o tema em consonância com a Constituição Federal sob o prisma dos direitos sociais, deixando consignado que tais direitos não estariam consagrados somente no artigo 7º da CRFB/1988, mas também foram elevados à condição de fundamento da República e da ordem econômica e social, conforme se verifica da leitura dos artigos 1º, inciso IV, 170, *caput* e 193 da Norma Fundamental.

Não é demasiado destacar que o entendimento da Corte Superior Trabalhista prevaleceu no ordenamento jurídico por, aproximadamente, 32 anos e foi fruto de construção jurisprudencial.

O referido Ministro foi acompanhado pelo Ministro Edson Fachin, que abriu voto divergente ao proferido pelos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

Para o Ministro Fachin, não se vislumbra, na Súmula 331 do TST, qualquer violação aos princípios da legalidade e da livre iniciativa.

³ Decisão extraída do *site*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4492993>. Acesso em: 25 set. 2018.

Já a Ministra Rosa Weber, também seguindo a divergência, traçou um histórico acerca da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, destacando que o verbete sumular teria nascido como um produto de longa consolidação jurisprudencial a partir das normas de proteção ao trabalho e da atividade de intermediação de mão de obra por empresa interposta, trazendo à colação o Enunciado 256, o qual, posteriormente, foi convertido na Súmula 331, do TST, para, ao fim, ressaltar a importância do artigo 9º da CLT.⁴

No mesmo sentido, foi o voto do Ministro Lewandoski.

Todavia, seguindo os votos dos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, votaram pela procedência da ADPF e do Recurso Extraordinário já citados os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia.

O voto do Ministro Barroso teve como premissa o fato de que a terceirização das atividades-meio ou fim de uma empresa encontra assento constitucional nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como tal forma de contratação não enseja a precarização do trabalho, nem a violação à dignidade do trabalhador.

Segundo o Ministro, a terceirização irrestrita se mostra como um caminho para assegurar o emprego e garantir os direitos aos trabalhadores, bem como proporciona o desenvolvimento econômico. Ele pontua, ainda, que a terceirização, tal qual vem sendo decidida pela Justiça do Trabalho, implica violação aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica, bem como não encontra, em sua ótica, qualquer respaldo legal, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

No citado julgado, houve apontamento feito pelo Ministro Alexandre de Moraes no sentido de diferenciar a terceirização da intermediação ilícita de mão de obra, figuras que não devem ser confundidas.

⁴ Art. 9º da CLT. Este artigo trata da consagração do princípio protetivo do direito do trabalho, bem como declara fraudulenta toda atividade que afaste as normas legais e protetivas consagradas na CLT.

Ao fim, e após declarada a constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, ficou assentado que tal decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.

3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, proferindo a tese de repercussão geral, quando determinou:

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 contratante.

Nesse sentido, é importante analisar a decisão da Suprema Corte sob o viés do propalado princípio da vedação ao retrocesso. Cabe ressaltar que a análise do tema sob o referido aspecto não importa em descaracterizar ou pormenorizar o citado princípio, mas apenas em contribuir para o debate da problemática, que afeta milhões de trabalhadores.

Assim, acerca de tal discussão, destaca-se que o princípio da vedação ao retrocesso pode ser entendido como sendo um postulado implícito na Constituição Federal, porquanto está intimamente atrelado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da confiança e da boa-fé.

Tal princípio veda que as conquistas dos direitos fundamentais em matéria de direitos sociais sejam desconstituídas em se tratando de conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive. Por meio desse princípio, a ideia é evitar que direitos anteriormente conquistados sejam ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

Nesse aspecto, deixa-se consignado que cabe ao Estado, após ter reconhecido os direitos fundamentais na dimensão dos direitos

sociais, assumir o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, sob pena de transgressão ao Texto Constitucional, de preservá-los, abstendo-se de frustrar, por meio da supressão total ou parcial, os direitos sociais já concretizados.

Acerca do tema, Sarlet (2006, p. 9-50) assim preleciona:

Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade.

Para Dallegrave Neto (2018, p. 400)⁵, a terceirização da atividade-fim ofende o princípio da proibição ao retrocesso social. Para tanto, ele cita profunda reflexão de Grijaldo Coutinho:

Ora, a terceirização dilapida conquistas sociais previstas em diplomas jurídicos nacionais e internacionais, sendo responsável pelo aumento dos índices de trabalho escravo contemporâneo, mortes e mutilações relacionadas ao trabalho. Trata-se de veículo empresarial hoje utilizado com maior ênfase para liquidar ou mitigar Direitos Humanos da classe trabalhadora. Verifica-se, pois, a sua incompatibilidade com o princípio de proibição do retrocesso social inerente

⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A amplitude da terceirização instituída pela reforma trabalhista e seu impacto no mundo do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani Kajota (coord.) *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Juiz Eduardo Gunther*. São Paulo. LTr, 2018. p. 400. Vários autores citam COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo. LTr, 2015. p. 233.

ao Direito do Trabalho, incorporado de maneira expressa ao ordenamento jurídico nacional (CRFB, art. 7º) e internacional.

Segundo Campos Rodrigues (2018, p. 59)⁶,

A prática da terceirização nas atividades finalísticas das empresas fomentará um verdadeiro *apartheid* sindical. O modelo de organização sindical brasileiro é fundamentado nos conceitos de categoria profissional e econômica, de maneira que a categoria profissional é vinculada à atividade econômica da empresa beneficiária da mão de obra. Assegura-se, assim, a máxima integração do trabalhador à empresa e, por via de consequência, a eficácia da negociação coletiva e da greve. No entanto, com a terceirização em atividade finalística, o trabalhador é expulso da sua categoria profissional genuína, qual seja, a categoria econômica beneficiária da sua mão de obra, e é redirecionado para a frágil categoria dos prestadores de serviços. A interação entre os obreiros é minada, a organização coletiva de trabalho é desarticulada, tornando sem efetividade instrumentos coletivos de melhoria da condição social do trabalhador, como a greve e os acordos e convenções coletivas (arts. 8º e 9º da Constituição Cidadã). O rebaixamento remuneratório também está intrinsecamente ligado ao fenômeno da terceirização sem restrições, afrontando o direito ao salário como mecanismo de promoção das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (art. 7º, IV, Carta magna). Várias pesquisas apontam que os terceirizados ganham bem menos do que os contratados diretamente. Prova disso é o dossiê do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) que constatou que, em dezembro de 2010, a remuneração dos empregados terceirizados era 27,1% menor do que a dos obreiros contratados diretamente, exercendo a mesma função.

⁶ RODRIGUES, Safira Nila de Araújo Campos. As inconstitucionalidades da terceirização das atividades-fim das empresas à luz das leis 13.429/2017 e 13.467/2017. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Sílvio. *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 59

A partir das pontuações doutrinárias acima transcritas, pode-se afirmar que a terceirização irrestrita gera um rebaixamento de salários, desestrutura a conquista de direitos por meio da negociação coletiva, aumenta os riscos de acidente de trabalho, bem como contribui, de forma negativa, para o alargamento entre o capital e o trabalho sob o prisma da desigualdade econômica entre o empregado e o empregador, o que representa, sem maiores delongas, violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Em matéria veiculada pelo Sindicato dos Bancários e Financieiros de São Paulo, Osasco e Região⁷, publicada em 25.04.2017, já existia era noticiada a preocupação com os níveis de acidente de trabalho em se tratando de trabalhadores terceirizados.

Por fim, cabe citar o Enunciado n. 80 da 2ª Jornada de Direito do Trabalho⁸ que se aplica diretamente ao tema:

Terceirização. Atividade-fim. O *caput* e parágrafo 1º do art. 4º-A da Lei n. 6.019/74 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços) são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CRFB e arts. 3º e 9º, da CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, IV, 5º, §2º, 6º, 170 e 193, todos da CF e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se o vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços.

⁷ Interessante destacar a ressalva feita pelo sindicato dos bancários, relacionada ao tema da precarização na terceirização, segundo a qual: “A terceirização faz vítimas em todos os setores. Um dossiê do Dieese mostra que no setor elétrico há altos índices de acidentes e mortes no trabalho entre os trabalhadores terceirizados. Com base nesse relatório de estatísticas de acidentes do setor, produzido pela Fundação Comitê de Gestão Empresarial (Coge), o Dieese informa que os trabalhadores terceirizados morrem 3,4 vezes mais do que os efetivos nas distribuidoras, geradoras e transmissoras da área de energia elétrica. Outro dado indica que o índice de acidentes no setor elétrico é 5,5 vezes maior que o dos demais setores da economia.”

⁸ Promovida pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), nos dias 9 e 10.10.2017.

O princípio da vedação ao retrocesso social pode ser entendido como o “efeito cliquet”, segundo Leite *apud* Garcia, 2010, p. 05:⁹

A expressão “efeito cliquet” é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de *effet cliquet*) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituição por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. [...] Pensa-se, contudo, que apenas no caso de retrocesso social, em que o Estado brasileiro abriria mão de conquistas sociais já atingidas, é que a justificação da reserva do possível não prosperaria. As conquistas sociais têm efeito de catraca (Efeito *Cliquet*), não podendo retroceder, conforme defendeu o português Canotilho na primeira edição de sua obra. No julgamento da ADIn 1.946/DF, o STF entendeu que o direito ao salário-maternidade seria uma cláusula pétrea; houve uma aplicação, ainda que não tão evidente, do chamado princípio do não retrocesso. [...].

Pode-se aferir que a decisão do Supremo Tribunal Federal se inclinou ao prevalecimento do prestígio à livre iniciativa em detrimento dos valores sociais do trabalho, destoando, por esse modo, do princípio que veda o retrocesso social.

Em conclusão, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da terceirização irrestrita traz consigo uma precarização dos direitos fundamentais em matéria de direitos sociais conquistados pelos trabalhadores, na medida em que deixa os empregados sem

⁹ REIS FILHO, José Wilson; ALVES, Fernando de Brito. Princípio da vedação do retrocesso social: uma interpretação ampliada. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>. Acesso em: 02 abr. 2019.

a devida proteção social e sindical efetiva, porquanto eles ficam sujeitos aos normativos da empresa prestadora de serviços, e não da tomadora, ao mesmo tempo em que a multicitada decisão judicial aumenta o risco de acidentes de trabalho, uma vez que a empresa tomadora de serviços transfere sua cadeia produtiva a uma empresa prestadora de serviços e afrouxa a fiscalização, sob a alegação de que os terceirizados não são seus subordinados diretos, bem como proporciona uma desigualdade salarial entre os empregados da tomadora de serviços quando comparados aos da prestadora de serviços.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou analisar em que medida a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização na atividade-fim afeta a organização produtiva e os direitos sociais a ela atrelados, procurando o enfoque sob o viés do princípio da vedação ao retrocesso.

Desse modo, para se chegar a tal conclusão, foi necessário apresentar a conceituação e o histórico do tema, de modo a delimitar a pesquisa, sempre com o intuito de situar o leitor quanto às especificidades do assunto.

Ato contínuo, procurou-se abordar o paradigmático julgado da Suprema Corte brasileira em relação ao assunto, sendo verificados os fundamentos e os posicionamentos dos Ministros, com intuito de se estabelecer uma dialética acerca das diferentes visões contidas na questão, ou seja, o contraponto apresentado entre a prevalência do valor da livre iniciativa quando se trata da aplicação da terceirização na atividade-fim das empresas em detrimento do direito social do trabalho que permeia o tema.

Nesse sentido, o artigo investigou também a construção legislativa e jurisprudencial que levou ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, mediante a edição da sua atual Súmula 331, a qual prevaleceu como referência quando se tratava do assunto na seara exclusivamente trabalhista.

No mais, conforme descrito no título do presente estudo, a análise voltou-se, por fim, ao princípio da vedação ao retrocesso, no qual a pesquisa se baseou para averiguar se fora - ou não - tal diretriz constitucional respeitada, em especial quanto à finalidade que ela tem, que é proteger e resguardar direitos que informam o Direito do Trabalho.

Feitas tais considerações e balizamentos, é possível aferir que a conclusão apresentada pela Corte Suprema levou em consideração aspectos econômicos do fenômeno de organização produtiva das empresas, quando autorizou a terceirização nas suas atividades - fim com violação ao princípio da vedação ao retrocesso, pois o posicionamento prevalecente poderá acarretar a precarização de direitos e/ou condições de trabalho, conforme revelam dados da própria Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. *Senado Federal*. Disponível em: https://senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art170.asp. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 15

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A amplitude da terceirização

instituída pela reforma trabalhista e seu impacto no mundo do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani Kajota (coord.) *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Juiz Eduardo Gunther*. São Paulo. LTr, 2018. p. 398-410.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei 13.467/2017*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.) *et al. Rerum novarum. Estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal*. Curitiba: Juruá, 2011.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS FILHO, Wilson; LOUGUÉRCIO, José Eymard; MENEZES, Mauro de Azevedo *et al. Terceirização no STF: elementos do debate constitucional*. Bauru: Canal 6, 2015.

REIS FILHO, José Wilson; ALVES, Fernando de Brito. *Princípio da vedação do retrocesso social: uma interpretação ampliada*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>. Acesso em: 02 abr. 2019.

RODRIGUES, Safira Nila de Araújo Campos. As inconstitucionalidades da terceirização das atividades-fim das empresas à luz das leis 13.429/2017 e 13.467/2017. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 49-64.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Direito & Justiça, v. 32, n. 1, 2006.

SILVA, Homero B. M. *Comentários à reforma trabalhista: análise da lei 13.467/2017: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. *O princípio da vedação ao retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro/4>. Acesso em: 18 fev. 2019.

SOUZA JÚNIOR, A. *et al. Reforma trabalhista. Análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017 e da med. prov. n. 808/2017*. São Paulo: Rideel, 2018.

A TERCEIRIZAÇÃO E O NOVO
REQUISITO DA CAPACIDADE
ECONÔMICA DA EMPRESA
PRESTADORA*

THE OUTSOURCING AND THE
NEW LEGAL REQUIREMENT OF
ECONOMIC CAPACITY OF THE
COMPANY THAT PROVIDES THE
SERVICES

Rafael da Silva Marques**

RESUMO

O artigo trata da terceirização nos setores público e privado e dá destaque à necessidade, fruto da Lei n. 13.467/2017, reforma trabalhista, de que a empresa prestadora de serviços possua capacidade econômica compatível com a execução do contrato. Há destaque, também, à responsabilidade das empresas tomadoras e também às novas exigências quanto à subcontratação de trabalhadores por parte do poder público e as garantias que este deve exigir quando da contratação. O texto deixa de lado os

* Artigo enviado em 31.10.2018 e aceito em 16.04.2019.

Gostaria de agradecer as contribuições críticas dos colegas Luciana Hallal Duval Pereira, Nadir Fátima Zanotelli Coimbra e Thiago Louro de Araújo.

** Juiz do Trabalho titular da 4ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul, RS. Membro da Associação Juízes para a Democracia - AJD.

conceitos de terceirização, fazendo referência breve ao que diz a lei, bem como a diferença entre atividade-meio e atividade-fim, indicando, apenas, a possibilidade, hoje, pela nova norma, do permitido para a transferência das atividades principais da empresa tomadora à prestadora. Não há qualquer consideração sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade, quer da lei, quer da terceirização em geral.

Palavras-chave: Terceirização. Capacidade econômica da empresa prestadora dos serviços. Artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974. Terceirização no serviço público.

ABSTRACT

This article tells us about outsourcing in the public and private spaces and shows us that to take a deal between the companies, public or private, to do an outsourcing deal, the contract needs to put in the economic capacity of the company that provides the services. The work also shows the new requirements about the outsourcing in the public power or in the public companies and the guarantees to do it. In the text the reader will not learn about outsourcing concepts, but just its legal concept. The difference between middle activity and final activity is not written in the law and, here, the reader will also not find it. The object of this article is just to show about the necessity, in each outsourcing deal, about a legal requirement to the company that provides the service to demonstrate the economic capacity to do the contract, during its time. There aren't words about outsourcing constitutionality or unconstitutionality in Brazilian legal system.

Keywords: *Outsourcing. Economic capacity of the company that provide the service. Article 4-A of the Law 6.019/1974. Outsourcing in the public enterprises.*

INTRODUÇÃO

O fenômeno da subcontratação de trabalhadores, conhecido popular e juridicamente como terceirização, nunca deixou ou deixará de ser importante para o direito e para sociedade. Parte significativa dos trabalhadores presta serviços dessa forma, por interposta pessoa, executando suas tarefas a terceiro que não a remunera ou dá ordens.

E a questão é importante por uma série de razões, em especial pelas que dizem respeito ao número de horas de trabalho, maior do que a média nacional, à precarização e proteção sindical, esta restrita se comparada aos empregados contratados de forma “direta”, à sensação de pertença, não pertencer ao grupo para o qual presta serviços, e à média remuneratória significativamente inferior à dos trabalhadores em geral.

Presta serviços de forma terceirizada, normalmente (há exceções como, por exemplo, alpinistas que prestam serviços especializadíssimos de limpeza de vidraças em arranha-céus), aquele trabalhador já preconizado, chamado comumente e preconceituosamente de mão de obra desqualificada e que executa o labor deixado de lado pela maior parte da população. É justamente para eles, para essas pessoas desprotegidas que cabe ao direito agir.

O que se pretende com este texto não é discutir a questão da constitucionalidade ou não da terceirização, nem os efeitos perversos que a reforma trabalhista, também nesse ponto, trouxe à classe trabalhadora. O objetivo aqui é outro: dentro da nova redação da Lei n. 6.019/1974, dada pela Lei n. 13.467/2017, reforma trabalhista, chamar a atenção para um ponto, o da necessidade de demonstração da capacidade econômica da empresa prestadora compatível com a execução do contrato.

Antes, contudo, será analisada a questão da terceirização em geral e, após as razões centrais do estudo, haverá considerações sobre a responsabilidade da empresa tomadora e a contratação pelo ente público.

ASPECTOS GERAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é a transferência a terceiros da execução de quaisquer das atividades da tomadora, inclusive da atividade principal, à pessoa jurídica prestadora de serviços. É o que se pode ver da primeira parte do *caput* do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974.

Dentro desse conceito, e ampliando a leitura da lei, pode-se concluir que cabe à empresa prestadora dos serviços dirigir a prestação pessoal do trabalho. Isso significa dizer que o trabalhador terceirizado estará subordinado à empresa prestadora e tão somente a ela, ainda que se entenda a subordinação em sentido amplo. É que o conceito legal (direção das atividades) abrange todos os conceitos doutrinários e jurisprudenciais de subordinação, a saber: subordinação direta, aquela em que há ordens diretas ao trabalhador, e subordinação estrutural ou organizacional, conceitos estes emprestados do que preceitua o *caput* e parágrafo único do artigo 6º da CLT.¹

Ocorre que, pela própria lei, primeira parte do *caput* do artigo 4º-A, é possível a terceirização da atividade-fim. Ora, se é possível a terceirização da atividade-fim, não há como entender presente no conceito do § 1º do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974² o de subordinação estrutural, pois, se há subordinação estrutural, esta não se dá à prestadora e sim necessariamente à tomadora.

Ou seja, os conceitos de subordinação consagrados pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista, sob a ótica da terceirização,

¹ “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

² “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. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.”

hoje, alteram-se. A subordinação estrutural é apenas aplicável a casos que não envolvam a subcontratação de trabalhadores aos moldes do *caput* do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974.

Aliás, o STF, ainda sob a lógica anterior à reforma trabalhista, ADPF 324, já decidiu que é permitida a terceirização em atividade-fim, o que altera o conceito de subordinação, passando ele a ser apenas relacionado às ordens diretas, subordinação pessoal, pois a subordinação estrutural envolve, necessariamente, labor vinculado à atividade-fim.³

No que diz respeito à remuneração, quem fará o pagamento dos haveres dos trabalhadores terceirizados é a empresa prestadora. Não há hipótese de pagamentos por parte da tomadora, pois a onerosidade, requisito constante do artigo 3º da CLT⁴, está presente e se trata de obrigação da empregadora.

Por fim, é interessante ressaltar que os serviços prestados por parte da prestadora devem ser especializados.

Neste item, por força do que consta do § 1º do artigo 5º-A e inciso II do artigo 5º-B da Lei n. 6.019/1974⁵, devem os empregados prestar trabalho, apenas em tão somente, conforme o objeto do contrato. Aqui, faz-se valer o que consta do item I da Súmula 331

³ “O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.” Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁴ “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

⁵ “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. [...]”

“Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterà: I - qualificação das partes; II - especificação do serviço a ser prestado; [...]”

do E. TST. Ou seja, mesmo em sendo a empresa prestadora contratada para prestar serviços ligados à atividade-fim da tomadora, deve ela prestar esses serviços de forma especializada.

CAPACIDADE ECONÔMICA DA PRESTADORA

Consta do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974 que:

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.
(grifou-se)

Como se pode ver, além de permitir a terceirização geral e irrestrita, inclusive da atividade principal da empresa, a empresa prestadora dos serviços deve possuir capacidade econômica compatível com a execução dos serviços terceirizados.

Essa exigência legal não comporta exceções!

A lei não trata de qualquer fragmentação ou flexibilização dessa condição. Deve, a fim de contratar, demonstrar que possui capacidade econômica compatível com a execução do contrato. Isso quer dizer que, em não demonstrando essa capacidade, não poderá haver a contratação, não poderá ocorrer a terceirização.

E como seria a demonstração dessa capacidade econômica?

Poderá a prestadora dos serviços demonstrar a capacidade econômica com garantias bancárias, em especial para os contratos com prazo certo, e para empresas que não demonstrem solidez econômica. É bom destacar que as empresas prestadoras prestam(rão) serviços para várias empresas tomadoras, o que faz com que, mesmo em sendo economicamente sólidas, tenham que demonstrar que essa solidez envolve todos os contratos ativos, demonstração essa que deverá fazer parte do contrato e que poderá, por exemplo, ser contábil.

Do contrário, em não havendo solidez e possibilidade de demonstração contábil, caberá outras formas de garantia, como a

bancária, como se pode ver supra, ou até mesmo a patrimonial.

Sobre esse tema, cabe a seguinte crítica: e o que preceitua o inciso III do artigo 4º-B da Lei n. 6.019/1974, que exige capital social compatível com o número de empregados como requisito de funcionamento da empresa prestadora? Não seria ele o limite interpretativo da norma?

Nesse particular, não se defende que a empresa não possa funcionar. O funcionamento dela deve observar o que está dito no artigo 4º-B da Lei n. 6.019/1974.⁶

Não significa, contudo, que possa deixar de observar o que consta da parte final do *caput* do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, para contratar. Pode a empresa prestadora funcionar normalmente, mas, para contratar, para que haja contrato válido, deve demonstrar capacidade econômica compatível com a execução do contrato. A não-demonstração dessa capacidade econômica leva, necessariamente, à ilegalidade da terceirização.

Não há confundir, e isso parece evidente, requisito para o funcionamento da empresa com exigência para o estabelecimento de contrato válido de prestação de serviços terceirizados. E isso ocorre por uma razão bem simples: há várias formas e valores de contratos. Constituída, a empresa está, em tese, regular para contratar. Poderá fazê-lo conforme prove capacidade econômica para tal. Não provando, poderá seguir existindo, mas não poderá contratar. Dentro de suas possibilidades de contratação e vinculação estarão contratos compatíveis com sua capacidade econômica, capacidade esta que deverá ser provada quando da firma do pacto.

Ou seja, a empresa existirá normalmente e regularmente, mas apenas poderá firmar acordos de subcontratação de trabalhadores conforme possa comprovar sua capacidade econômica para a execução do contrato.

Deverá ela, portanto, adaptar-se à realidade e firmar acordos compatíveis com seu tamanho e capacidade econômica, situação

⁶ Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: [...]; III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: [...].”

esta que deverá ser bem investigada em especial pela tomadora, a fim de evitar contratação de serviços terceirizados de forma irregular.

Caberá, ainda, à tomadora, no decorrer da execução do contrato, fiscalizar se permanecem as condições econômicas de solidez financeira, a fim de seguir com o acertado. Do contrário, caberá, por inobservância do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, o rompimento do contrato por parte da tomadora, em razão do desrespeito à regra legal, independentemente de constar esse acerto no contrato. E, em não o fazendo, corre o risco de ver contra si, como está dito abaixo, o reconhecimento do vínculo de emprego direto, com condenação solidária da empresa prestadora.

Ainda é interessante destacar o fato de a decisão havida pelo Supremo Tribunal Federal, ADPF 324, ter feito constar o dever de “[...] verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada [...]”, o que contempla, mesmo que sob a égide da norma legal antes da reforma, o que está hoje estampado na lei.

DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade da empresa tomadora é subsidiária, ou seja, deve-se tentar cobrar da empresa prestadora antes de se passar a responsabilidade para a tomadora. Isso, contudo, não quer dizer que seja necessário o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. É que o contrato entre a empresa prestadora e a tomadora leva, dentro de si, o que dispõe o § 5º do artigo 5º-A da Lei n. 6.019/1974, responsabilidade subsidiária da tomadora. A relação envolve duas empresas e não estas e seus sócios. Isso não quer dizer que, após, conforme lei civil, a tomadora não possa cobrar seus débitos também dos sócios da prestadora, conforme artigo 50 do CCB.⁷

⁷ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Em havendo fraude, entretanto, a saber, prestação de serviços por parte dos empregados de forma direta à tomadora ou pagos por ela, haverá relação de emprego diretamente com a própria tomadora. O mesmo ocorre em casos de os serviços não serem especializados, casos de fraude contratual, por exemplo.

De outro lado, a não-observância do que preceitua a parte final do *caput* do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, a lembrar, a demonstração de capacidade econômica compatível com a execução do contrato por parte da prestadora, acarretará o reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores e a empresa tomadora, com responsabilidade solidária entre esta e a prestadora. Isso porque a lei exige a comprovação da capacidade econômica compatível com a execução do contrato. A sua não-observância, portanto, é infração à lei e invalida a contratação, autorizando, pela fraude, na forma dos artigos 9º da CLT⁸ e 942 do CCB⁹, de aplicação subsidiária conforme § 1º do artigo 8º da CLT¹⁰, a responsabilização direta da empresa tomadora e a responsabilidade solidária entre as empresas quanto aos créditos dos trabalhadores. Haverá, ainda, por força do artigo 19-A da Lei n. 6.019/1974¹¹, a aplicação de multa.

DA CONTRATAÇÃO PELO PODER PÚBLICO

Ao contrário do que ocorria antes, atualmente, o poder público pode deixar de contratar empresa que não demonstre a capacidade econômica compatível com a execução do contrato, deixando de

⁸ “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.”

⁹ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

¹⁰ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. [...].”

¹¹ “Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.”

ser, agora, o melhor preço como requisito à contratação.

A Lei n. 8.666/1993 e o Decreto-Lei n. 200/1967 passam a sujeitar-se às novas regras atinentes à terceirização. É que, embora as regras de contratação terceirizada pela administração observem o que estabelece o artigo 10 do Decreto-Lei n. 200/1967¹², a Lei n. 8.666/1993 e o Decreto n. 9.507/2018, a contratada, prestadora de serviços, deverá comprovar que possui capacidade econômica compatível com a execução do contrato, conforme exigência do inciso VI do artigo 55 da Lei n. 8.666/1993. A demonstração da capacidade econômica, agora, por força do inciso VI do artigo 55 da lei de licitações, é exigência legal, devendo a prestadora demonstrar, quer com bens, quer com fiança bancária ou de forma contábil, que há garantia quanto à execução do contrato.¹³

Lembro, de outro lado, mesmo que assim não fosse, ou seja, que não existisse o inciso VI do artigo 55 da Lei n. 8.666/1993, que a Lei n. 6.019/1974 não excepciona o ente público, devendo ele observar, portanto, como qualquer particular, a exigência legal de comprovação por parte da prestadora de sua capacidade econômica compatível com a execução do contrato, conforme está estampado no *caput* do artigo 37 da CF/1988, princípio da legalidade.¹⁴

Ainda, destaca-se que a responsabilidade do poder público será subsidiária, conforme § 5º do artigo 5º-A da Lei n. 6.019/1974, nos exatos termos daquela referente às contratações entre privados.

Contudo, em havendo a contratação sem observância de algum dos requisitos legais, entre eles a não-comprovação da capacidade econômica compatível com a execução do contrato, não haverá vínculo de emprego diretamente com o tomador, pela ausência do concurso público, inciso II do artigo 37 da CF/1988, mas, pela violação da lei, haverá responsabilidade solidária,

¹² “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.”

¹³ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; [...].”

¹⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

inteligência do § 6º do artigo 37 da CF/1988, bem como do artigo 942 do CCB, este conforme regra do *caput* do artigo 54 da Lei n. 8.666/1993¹⁵, aplicação dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado atinentes a eles.

Ainda, em caso de terceirização por parte do poder público federal, há, além da IN 02/2008 e suas alterações, o parecer 1.214/2013 do TCU. De acordo com o inciso XIX do artigo 19 da IN 02/2008¹⁶ e também em razão do parecer 1.214/2013, deverá a contratada, observado o disposto no artigo 56 da Lei n. 8.666/1993¹⁷, prestar garantia de execução do contrato, com validade durante a sua execução, estendida por mais três meses após seu término, devendo ser renovada em cada prorrogação. Ainda, na fase de habilitação econômica, inciso XXIV do artigo 19 da IN 02/2008¹⁸,

¹⁵ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

¹⁶ “Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber: [...] XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei n. 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos: [...]”

¹⁷ “Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.”

¹⁸ “Art. 19. [...] XXIV - disposição prevendo condições de habilitação econômico-financeira nos seguintes termos: a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, comprovando índices de Liquidez Geral - LG, Liquidez Corrente - LC, e Solvência Geral - SG superiores a 1 (um); b) Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social; c) comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta; d) declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VIII, de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea ‘c’, observados os seguintes requisitos: [...]”

terá por dever a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício fiscal; capital circulante líquido ou de giro de, no mínimo, 16,66% do estimado para a contratação; comprovação de patrimônio líquido de 10% sobre o valor estimado da contratação, isso por meio de balanço patrimonial do último exercício e declaração do licitante, acompanhada da declaração dos compromissos assumidos de que 1/12 dos contratos firmados com a administração e/ou com a iniciativa privada vigentes na data de apresentação da proposta não são superiores ao patrimônio líquido do licitante.

É evidente que esses requisitos não impediram, até hoje, o enorme inadimplemento por parte das empresas prestadoras, com responsabilização do poder público.

É por isso que as novas regras, agora legais, sobrepõem-se ao disposto na IN 02/2008, devendo as garantias certificarem, de forma mais segura, o cumprimento do pacto por parte da empresa contratada. Os ditames da IN 02/2008, contudo, são um norte, mas necessitam, quanto aos percentuais e formas de execução, ser alterados, a fim de garantir, de fato, a execução plena dos contratos de terceirização, a fim de que se cumpra o que diz o artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974.

Por fim, interessante, embora não faça parte deste trabalho, destacar o recente Decreto n. 9.507/2018 que “Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, (preâmbulo), e que dita as diretrizes da terceirização junto a administração pública federal. Este decreto em nada altera o que está dito no presente texto.

CONCLUSÃO

Se a terceirização, no Brasil, hoje, toca a toda e qualquer atividade de forma indistinta e coloca em risco a estabilidade econômica nacional, fragilizando a classe operária e o movimento

sindical, aumentando ainda mais os lucros da produção em proveito do grande capital, pela nova lei também faz com que, em razão justamente dessa fragilização, devam ser observados, à risca, os novos preceitos legais, em especial os mais benéficos, *caput do artigo 7º da CF/1988*: melhora da condição social dos trabalhadores¹⁹, regra-princípio esta que deve ser seguida por todos, ente público e poder privado.

Com o desrespeito à norma legal, formar-se-á, por decorrência de lei, o vínculo de emprego diretamente com a tomadora, conforme sempre decidiu a Justiça do Trabalho. E dentre os requisitos para a contratação está a comprovação, pela prestadora, da capacidade econômica compatível com a execução do contrato. Ou seja, o contrato não será válido em não demonstrando ela essa capacidade. Essa violação gera, igualmente, o vínculo direto para com o tomador e a sua responsabilização solidária, conforme artigo 942 do CCB.

De outro lado, hoje, o poder público tem boa arma para evitar a contratação de empresas de solidez econômica duvidosa. Não se trata mais de avaliar o melhor preço, mas sim de incluir, além dele, a comprovação da capacidade econômica da tomadora compatível com a execução do contrato. Em não havendo essa prova, deve o ente estatal afastar a empresa candidata do certame, usando de base o artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974. Do contrário, agirá em fraude à lei, com responsabilização solidária.

A Lei n. 13.467/2017 apequenou ainda mais a classe trabalhadora. São vários os exemplos que, aqui, não cabem ser demonstrados. Contudo, embora tenha ampliado o espectro da terceirização, trouxe um alento protetivo, dever de comprovação, pela empresa prestadora, de sua capacidade econômica compatível com a execução do contrato.

¹⁹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei. n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 (ADPF 324). Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 30 agosto de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Parecer n. 1.214. Disponível em: https://www.google.com.br/search?ei=6Ov2XLXfltCq5wLMxbqgBQ&q=tcu+parecer+1214+2013&oq=tcu+parecer+1214+2013&gs_l=psy-ab.3...1320.9938..10593...1.0..0.352.5148.0j4j13j4.....0....1..gws-wiz.....6..0i71j35i39j0i131j0j0i131i67j0i67j0i22i30j33i160j33i22i29i30.wn4P0xYG_Bs. Acesso em: 18 out. 2018.

DA CONDIÇÃO DA MULHER
EM CONTEXTO DE
PRECARIZAÇÃO DA MÃO DE
OBRA*

THE CONDITION OF WOMEN
IN THE CONTEXT OF
PRECARISATION OF THE WORK

Ana Cecília de Oliveira Bitarães**

Michel Carlos Rocha Santos***

RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo demonstrar como fenômenos de precarização de mão de obra podem ser mais prejudiciais ao labor da mulher. Como introdução, será feita uma análise de como essas mudanças legislativas contrariam inúmeros princípios da Constituição Federal. Em seguida, esmiuçar-se-á a trajetória da terceirização no Brasil, desde quando era proibida até a consolidação hoje vigente na legislação conhecida por “Nova

* Artigo enviado em 31.01.2019 e aceito em 14.04.2019.

** Mestranda da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas. Graduada em Direito pela PUC Minas. É membra do Grupo de Estudos RED - Retrabalhando o Direito.

*** Mestre em Direito Privado (2010) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Assistente IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS, nas disciplinas Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Professor da PUCMINAS Virtual. Advogado.

Lei da Terceirização” (Lei n. 13.429/2017). Posteriormente, adentrando o tema a que o trabalho se propõe, será analisada a condição da mulher desde o passado, o termo divisão sexual do trabalho e os territórios femininos no mercado de trabalho. Como resultado do trabalho, será discutida, ainda, a situação da mulher, majoritariamente, em empregos precários e mal remunerados, conforme dados estatísticos apontados, fazendo-se necessário pensar em um movimento antagônico aos de precarização da mão de obra, buscando-se a igualdade das condições de trabalho e permanência entre os gêneros.

Palavras-chave: Precarização da mão de obra. Territórios femininos. Equiparação de Gênero.

ABSTRACT

The present essay aims to demonstrate how phenomena of precarious labor may be more detrimental to women’s labor. As an introduction, an analysis will be made of how these legislative changes contradict many principles of the Federal Constitution. Then, the path of outsourcing in Brazil, from when it was prohibited until the consolidation of the legislation known as “New Law of Outsourcing” (Law n. 13.429/2017), will be analyzed. Subsequently, entering the theme that the work proposes, will analyze the condition of women from the past, the term sexual division of labor and the territories of women in the labor market. As a result of the work, the situation of women will be discussed, mainly, in precarious and low-paid jobs, according to statistical data pointed out, making it necessary to think of a movement antagonistic to those of precarious labor, seeking equality of working conditions and permanence between genders.

Keywords: Precariousness of labor. Women’s Territories. Gender Equality.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio demonstrará como as novas mudanças legislativas na seara trabalhista, principalmente trazidas pela Nova Lei da Terceirização, formalizadas pelas Leis n. 13.467/2017 e 13.429/2017, respectivamente, foram fenômenos legislativos de crível redução de direitos e garantias aos trabalhadores (BRASIL, 2017).

Nota-se que esse fenômeno de precarização se deu, em grande parte, pelo maior problema que aflige o Direito do Trabalho: a fragilidade envolta ao direito, estando sempre em constante mudança e se adequando às exigências do capital especulativo (DELGADO, 2007, p. 17).

Será feito um apanhado de dados estatísticos demonstrando de que maneira a Nova Lei da Terceirização implicou uma precarização das relações de trabalho e como as mulheres podem vir a ser as mais afetadas com o surgimento desses movimentos.

Como será demonstrado ao longo do texto, essa situação se explica porque, dentre todos os campos de trabalho, há uma maior concentração de mulheres no setor de serviços, largamente terceirizado e precarizado, conforme dados a serem apresentados ao longo do texto, bem como imagens de gênero patriarcais que prejudicam a ascensão profissional da mulher.

Vale lembrar que a flexibilização das relações de trabalho culmina na geração de empregos com maior precariedade, como será demonstrado a seguir, sem, necessariamente, combater o desemprego. Observa-se que a valorização do capital se sobrepõe à própria valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que foram atendidos os interesses dos empregadores para se otimizar custos, afastando as necessidades dos trabalhadores.

1.1 Uma visão principiológica da precarização do trabalho

O atendimento exclusivo de interesses do capital culmina na inversão e estratificação de valores, sendo uma visão equivocada,

uma vez que o art. 170 da Constituição Federal discorre que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção (BRASIL, 2018).

Além disso, o capitalismo moderno, amparado pelo Estado do Bem-Estar Social, coloca o trabalho lado a lado com o capital, a fim de se encontrar equilíbrio e harmonia entre esses (GRAU, 2014, p. 196).

Nesse sentido, o princípio, portanto, da livre iniciativa foi interpretado isoladamente nas mudanças legislativas que visavam apenas à precarização da mão de obra e ao estímulo da economia, incidindo, ainda, na violação de outro princípio constitucional: o do não retrocesso social.

O princípio do não retrocesso social caracteriza-se por um limite jurídico do legislador para proteger o núcleo essencial de direitos fundamentais, garantindo-se direitos adquiridos e protegendo a confiança e a segurança dos cidadãos em esfera econômica, social e cultural (CANOTILHO, 2012, p. 339 e 340).

Esse princípio está relacionado à ideia de progresso permanente do ser humano, com vistas à sua emancipação, bem-estar e cidadania, o que, conseqüentemente, proíbe o legislador de atuar em prol da supressão ou alteração lesiva de normas infraconstitucionais que estão a densificar normas e princípios constitucionais. Esse princípio, portanto, não se trata de um direito fundamental, mas, sim, de norma protetora da eficácia dos direitos fundamentais, no caso os direitos sociais (NETTO, 2010, p. 113).

Além de afronta a princípios, a precarização pode implicar falta de segurança no meio ambiente de trabalho, exposição da saúde do trabalhador, aumento da terceirização e do trabalho informal, como será demonstrado a seguir.

Toda essa situação pode vir a prejudicar a administração estatal, uma vez que o adoecimento e perda de poder aquisitivo do empregado oneram benefícios assistenciais (CORREIA, 2017, p. 53) impedem a melhoria de arrecadação da Previdência, além

de afetar o aquecimento do mercado, já que, com baixos rendimentos salariais e precárias condições de trabalho, impede-se o acesso a bens e serviços pelos trabalhadores. Toda essa análise, na perspectiva do trabalho da mulher, é ainda mais desproporcional e reducionista de direitos e dignidade.

2 DA TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Sobre o surgimento da terceirização

No século XIX, com o desenvolvimento do capitalismo e do liberalismo, surgiu, também, na França, a figura do intermediário na relação trabalhista, que seria a prática do *marchandage*, extremamente rechaçada pelos operários da época, que a viam como uma prática exploratória (MAEDA, 2016, p. 128); sendo, portanto, um dos primeiros registros das raízes da terceirização atual.

Com o crescimento da prática, houve na França, em 1840, grande reação organizada pelos trabalhadores para abolição desse regime de contratação, tendo apenas sido combatida, com maior êxito, pela lei francesa de 10 de julho de 1911, posteriormente com muita mobilização sindical e discussões (MAEDA, 2016, p. 128, *apud* HARISON, 1997, p. 326).

Após a crise do capitalismo sob o modelo fordista, houve várias mudanças nas relações de trabalho na tentativa de flexibilizá-las e precarizá-las para redução de custos, reduzindo os trabalhadores à mera mercadoria do processo produtivo, desqualificando o trabalho, que passa a ser até o limite da exaustão do trabalhador (COUTINHO, 2019, p. 5).

No Brasil, pode-se dizer que, a partir de 1970, houve o surgimento da terceirização para que as empresas focalizassem a produção na satisfação das necessidades específicas do mercado (DELGADO, 2012), junto ao toyotismo, que preza pela acumulação flexível, “produção enxuta” e controle do elemento subjetivo do trabalho (ALVES, 2008, p. 4).

Vê-se que essa estratégia de captura da subjetividade do trabalhador é obtida através do discurso capitalista de que o trabalhador deve ter comprometimento psicológico com o trabalho que exerce, “vestindo a camisa da empresa”, fiscalizando a si e aos demais colegas, o que compromete o sentimento de pertencimento de classe (COUTINHO, 2019, p. 5).

Gradualmente, portanto, foi surgindo a terceirização, fenômeno trilateral entre (i) o tomador, (ii) o prestador de serviços e (iii) o empregado, que pode se manifestar pela terceirização de serviços e de atividades.

Com relação à legislação pertinente ao tema, surgiu, primeiramente, a Lei n. 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, permitindo a contratação de mão de obra sem a responsabilidade direta dos tomadores (BIAVASCHI, p. 129, 2011) e, em segundo lugar, a 7.102/1983, que estendeu para os serviços de vigilância via contratação atípica a modalidade trilateral citada.

Posteriormente, em período de 1985 a 1990, com a expansão das possibilidades de terceirização, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho veio demarcar a possibilidade de existência de vínculo de emprego direto entre o prestador dos serviços e a empresa tomadora e também o reconhecimento de responsabilidade solidária das contratantes (BIAVASCHI, 2011, p. 130).

A primeira súmula do TST a respeito da terceirização, de número 256, introduzida pela Resolução n. 04/1986, hoje cancelada, dispôs o seguinte:

SÚMULA N. 256 DO TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE.

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.74 e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (BRASIL, 1986).

Essa súmula preponderou à época de 1985 a 1990; entretanto, a partir de 1990, ampliou a coação do empresariado para se flexibilizar a mão de obra e permitir o modelo de terceirização, o que ocasionou a redação da Súmula 331 (BIAVASCHI, p. 130, 2011), tal qual:

331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.83), 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93) (BRASIL, 2000).

A consolidação dessa jurisprudência se deu a partir de uma investigação do Ministério Público do Trabalho sobre terceirização de digitadores pelo Banco do Brasil, à época ilegal, em que o banco se esquivou da feitura de concursos e postulou pela suspensão do Termo de Ajuste de Conduta firmado com o Ministério Público do Trabalho (BIAVASCHI, p. 138, 2011).

Posteriormente à redação da súmula no molde supracitado, para suprir lacunas existentes, foi inclusa, no item V, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto às

obrigações trabalhistas, bem como, no item VI, a responsabilidade subsidiária do tomador, que abrangeria todas as verbas do período trabalhado, como é possível aferir:

Súmula n. 331 do TST

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 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 (BRASIL, 2011).

Em 2017, o ordenamento jurídico, na seara trabalhista, teve expressivas mudanças e, quanto à terceirização, incorreu-se na

redação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que passaram a permitir a prestação de serviços terceirizados também em atividades-meio e atividades-fim da empresa tomadora de serviços.

A matéria dessa nova legislação foi promovida em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, de número 958.252, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux, com repercussão geral sobre o tema da terceirização. No julgado, fixou-se, por maioria dos votos, que, quanto a processos que foram ajuizados em período anterior à vigência das citadas leis, seria possível o uso da terceirização em qualquer atividade empresarial, inclusive atividades finalísticas, resultando no tema 725:

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. (STF, 2018, *online*).

Esse cenário legislativo e jurisprudencial libera a terceirização da mão de obra em toda e qualquer atividade, mitigando as discussões acerca de excesso ou fraude na terceirização, o que só traz benefícios às empresas que a utilizam como negócio. Visto sob o ponto de vista político-jurídico, o Direito do Trabalho é colocado a serviço das empresas, dos empregadores, e não dos empregados, invertendo-se a lógica tuitiva e progressista desse ramo jurídico.

Tal opção legislativa demonstra que a forma jurídica do contrato e da relação entre os sujeitos, no caso, empregado e empregador, tem como objetivo, essencialmente, promover a circulação de mercadoria e a manutenção do capitalismo como sistema econômico (PACHUKANIS, 2017).

O sujeito que trabalha, portanto, tem papel de destaque por ser fundamental à preservação e desenvolvimento desse sistema econômico, sem que se tenha, contudo, cuidado com os aspectos relacionados ao seu bem-estar, dignidade e proteção. Parece ser este o desiderato da terceirização e, em especial, da terceirização irrestrita.

Conforme será visto, a mão de obra feminina é maioria nas atividades e serviços terceirizados, o que leva a um cenário de dupla discriminação em relação às mulheres, que já sofrem tratamento discriminatório no mercado de trabalho quando comparadas aos homens, pelo simples fato de serem mulheres e em razão da chamada divisão sexual do trabalho.

3 DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

O trabalho é hoje o meio de sobrevivência humana; é pelo trabalho que o indivíduo se adequa dentro da sociedade em que vive (MONTEIRO, 2015, p. 13). Assim, em uma sociedade que prima muito pelo capital, cada vez mais profissões mais valorizadas monetariamente são também profissões que conferem mais prestígio social; sendo, portanto, o trabalho como uma lente pela qual a sociedade enxerga determinada pessoa.

A partir dessa conclusão, é preciso pensar por qual lente as mulheres vêm sendo enxergadas na sociedade atual e quais campos de trabalho elas têm ocupado, uma vez que o prestígio social está intimamente ligado a posições de trabalho valorizadas monetariamente.

O termo “divisão sexual do trabalho” diz respeito justamente a esse modo como as mulheres eram enxergadas, tendo o entendimento de que o trabalho do homem seria considerado como o fundamental, enquanto o da mulher seria considerado como o complementar, tornando o homem o “proprietário” do trabalho. Esse imaginário, ainda mais presente no passado, justificava-se nas diferenças biológicas entre o “sexo” feminino e masculino, considerando uma suposta “submissão natural” da mulher (MONTEIRO, 2015, p. 14).

Com essa separação de trabalho pelo “sexo”, aos homens cabia o pertencimento a espaços de excelência, em contexto social produtivo, e às mulheres, espaços domésticos (SOUZA, 2016, p. 4). No entanto, percebe-se um embate entre o trabalho produtivo, como aquele produtor de mercadorias, gerador de capital, e o

trabalho reprodutivo, que não cria mercadorias, não gera valor de troca, desvalorizando o trabalho doméstico e materno (MONTEIRO, 2015, p. 15, *apud* MARX, 1987, p. 384-406).

Com isso, na construção histórica da sociedade, o espaço urbano, o externo, a rua, a cidade, pertenciam ao homem, enquanto à mulher se destinava o espaço da casa (SOUZA, 2016, p.3, *apud* SCHOLZ, 1996, p. 30).

Essa situação reproduz “imagens de gênero” sobre homens e mulheres, que seriam estereótipos, presentes desde etapas iniciais da socialização até a inserção dos indivíduos no mercado de trabalho. Infelizmente, até hoje, a imagem da mulher é marcada por estereótipos associados ao ambiente doméstico e à maternidade, que não são bem vistos pelo imaginário mercadológico, criando-se imagens diferenciadas dos gêneros no mercado de trabalho, o que, conseqüentemente, torna desigual a entrada no mercado de trabalho (ABRAMO, p. 12, 2010).

Vê-se a existência de um mercado de trabalho separado em “territórios femininos” e “territórios masculinos”, em que o “sexo” é levado em conta para hierarquizar trabalhos, por uma imagem de gênero da mulher ainda muito vinculada ao ambiente doméstico, que seria mais “cara” pelas questões da maternidade - que são financiadas, em sua maioria, pelo sistema de previdência social - sem estudos concretos a respeito, criando-se o imaginário da mão de obra feminina como secundária, sem evidências concretas para consolidação dessa opinião (ABRAMO, 2010, p. 69-73).

A ilustrar a situação da mulher hoje como a responsável pelo ambiente doméstico e familiar, conciliando com as atividades profissionais, pesquisas apontam que o homem ocupado dedica em torno de 10,3 horas semanais a afazeres domésticos e/ou cuidados de pessoas, enquanto a mulher ocupada 18,5 horas semanais. Já dentre os homens não ocupados contam-se 12 horas semanais, enquanto, dentre as mulheres não ocupadas, perfazem-se 23,8 horas semanais (IBGE, 2019).

Desse modo, faz-se necessário se desconstruir esse imaginário, com fins de ampliar oportunidades laborais para as mulheres,

pensando-se em uma perspectiva social, pelo “gênero”, com o qual cada pessoa vive, desligado de posições ideológicas e políticas e abandonando a perspectiva biológica, que justifica papéis de homens e mulheres pelo “sexo” com o qual nasceram, naturalizando conceitos que, na verdade, são socialmente construídos (HIRATA; KERGOAT, 2008, p. 263).

Para isso, o ordenamento jurídico traz imperativos de combate à discriminação do trabalho feminino, ao prever normas de caráter constitucional que impõem o tratamento igualitário. Como exemplos mais claros, há a regra geral de igualdade, disposta no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, e o artigo 7º, que, em seus incisos XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei) e XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), enaltece a necessidade de tratamento não discriminatório por motivo de sexo (BRASIL, 1988).

Na mesma linha, a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão, promulgada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 1964, caracteriza como discriminação toda distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (BRASIL, 1964).

Além disso, a própria Consolidação das Leis do Trabalho abrange um capítulo específico de proteção ao trabalho da mulher, que se harmoniza e se complementa com outras normas que buscam essa proteção.

4 DOS DIREITOS DA MULHER NA SEARA TRABALHISTA

O trabalho da mulher, desde o processo de industrialização, era solicitado por ser menos dispendioso e mais “dócil”, tendo sido regulamentado para o melhor controle da concorrência

internacional, uniformizando custos operacionais (BARROS, 2010, p. 1.085), o que demonstra como, desde a sua criação, esse direito tem raízes precarizantes.

As normas internacionais se direcionaram a dois segmentos: proteção da mulher no ciclo gravídico-puerperal, formalizadas nas Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT, e restrições ao trabalho da mulher, proibindo atividades insalubres, perigosas e penosas, estatuídas pelas Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT (BARROS, 2010, p. 1.085).

Conciliando os dois segmentos citados das normas internacionais, o Decreto n. 21.417-A, de 1932 (BRASIL, 1932), amparou diversos dispositivos que serviram, inclusive, para influenciar a redação do Capítulo III, “Da proteção do trabalho da mulher” da CLT.

Quanto às questões de maternidade, o art. 7º do referido Decreto previu um descanso de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, seja em esfera pública, seja em esfera particular. O art. 8º garantiu que a mulher grávida pudesse romper o contrato, sob prévia notificação ao empregador, e os arts. 9º e 14 estabeleceram um auxílio correspondente à metade dos salários, de acordo com a média salarial dos últimos seis meses (BRASIL, 1932).

No tocante às restrições ao trabalho da mulher, o mesmo Decreto estipulou proibição do seu trabalho noturno, das 22h às 5h do dia seguinte, à exceção se estivessem trabalhando com pessoas de sua família; se o trabalho da mulher fosse imprescindível para evitar a interrupção do funcionamento normal do estabelecimento; se o trabalho exercido fosse por força maior, sem caráter de periodicidade ou em casos em que o trabalho noturno fosse necessário para evitar perdas de matérias-primas ou substâncias perecíveis (BRASIL, 1932).

Essas restrições ao trabalho noturno da mulher foram flexibilizadas com a Lei n. 7.189, de 1984, e posteriormente extintas com a Lei n. 7.855, de 1989, que revogou as restrições existentes expressamente nos arts. 379 e 380 da CLT (BRASIL, 2017).

Além desses temas, havia também restrição ao trabalho feminino em condições insalubres, perigosas e penosas e no exercício de horas extras que, na tentativa de ampliar oportunidades de emprego e profissão, foram revogados (BARROS, 2010, p. 1.088).

Hoje, nota-se que a restrição existente ao trabalho da mulher é a de emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional (BRASIL, 2018).

Quanto às garantias de maternidade, hoje estão em vigor a estabilidade do emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ficando proibida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da trabalhadora; a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e salário e, ainda, a possibilidade de, por atestado médico, romper o compromisso resultante de qualquer trabalho, se este for prejudicial à gestação (BRASIL, 2018).

Salienta-se que a seção que prevê direitos à maternidade situa-se em capítulo destinado à mulher, formalizando o estereótipo de que a mulher é a única responsável pela criação dos filhos, na medida em que só a ela pode ser dado esse direito.

Essa confusão da proteção à criança e à família com a proteção à mulher pode ser vista também na Constituição, pois, no Capítulo - “Dos direitos sociais”, especialmente no artigo 6º, tem-se o seguinte teor:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988) (grifos acrescidos)

A Constituição Federal, portanto, elenca como direito social a proteção à maternidade, sem mencionar o direito das mulheres ou à paternidade, o que mostra certa prevalência do direito à maternidade em relação ao direito da mulher, mesmo que a maternidade seja um tópico dentro do Capítulo “Da proteção do trabalho da mulher” na CLT (BRASIL, 1988).

A paternidade fica comprometida, na medida em que, no artigo 7º, XVIII, da Norma Fundamental brasileira, concede-se licença de 120 dias à mulher, além de vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa e, ao homem, o espaço de tempo da licença é de apenas 5 (cinco) dias (BRASIL, 1988).

Essas discrepâncias acabam por alimentar preconceitos na esfera social, dificultando a divisão de tarefas entre os gêneros.

Desse modo, seria mais razoável, para evitar as desigualdades de gênero, a garantia do emprego e da renda para ambos os genitores (TEODORO, 2017), a ampliação de programas de creches, bem como a majoração generalizada da concessão de licença-paternidade, reduzindo as responsabilidades destinadas à mulher quanto à criação dos filhos e como tentativa de se estabelecer maior isonomia entre os gêneros.

5 DA CONDIÇÃO DE MULHER NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

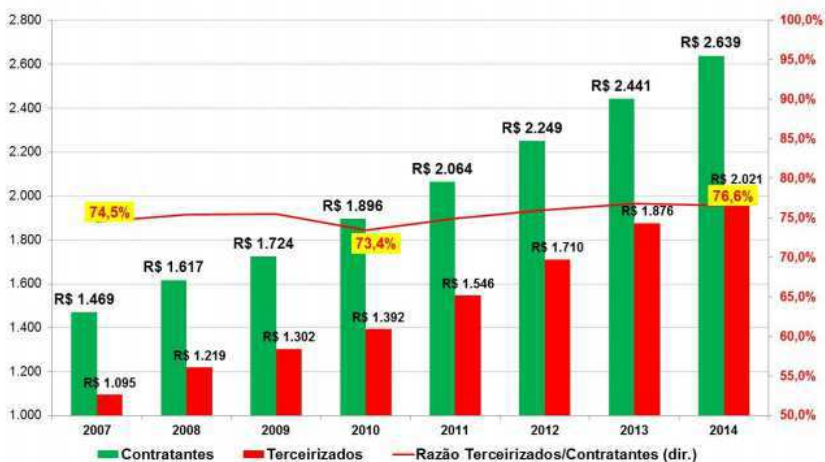
O Brasil vive, hoje, fortes movimentos na tentativa de precarização da mão de obra, consolidados, principalmente, pelo surgimento da figura do contrato intermitente; aumento do tempo do contrato temporário - de 90 para 270 dias - formalizado pela Lei n. 13.429/2017; possibilidade da terceirização da atividade-fim, introduzida pela Lei n. 13.427/2017 e Lei n. 13.467/2017; aumento das possibilidades de se exercer trabalho autônomo, mascarando a relação de emprego, permitindo-se essa relação inclusive se houver exclusividade e assiduidade (GALVÃO, 2017, p. 39); possibilidade de dispensa coletiva sem autorização prévia, bem como rescisão do contrato de trabalho por acordo.

Esses fatores precarizantes só foram possíveis na medida em que a lógica empresarial de acumulação de capital, com redução de custos, estendeu-se às relações de emprego, gerando formas de emprego prejudiciais ao trabalhador.

As diferenças entre os contratos terceirizados e os direitos são substanciais, ponderando-se, em primeiro lugar, a remuneração em geral desses trabalhadores. Conforme se depreende do gráfico

a seguir, os salários na modalidade de terceirização são expressivamente inferiores aos concedidos nos vínculos formais de emprego (DIEESE, 2017):

GRÁFICO 4
Remuneração nominal média dos vínculos formais de emprego segundo atividades tipicamente terceirizadas e tipicamente contratantes
Brasil, 2007-2014 (Em R\$ e %)



Fonte: MTb. Rais

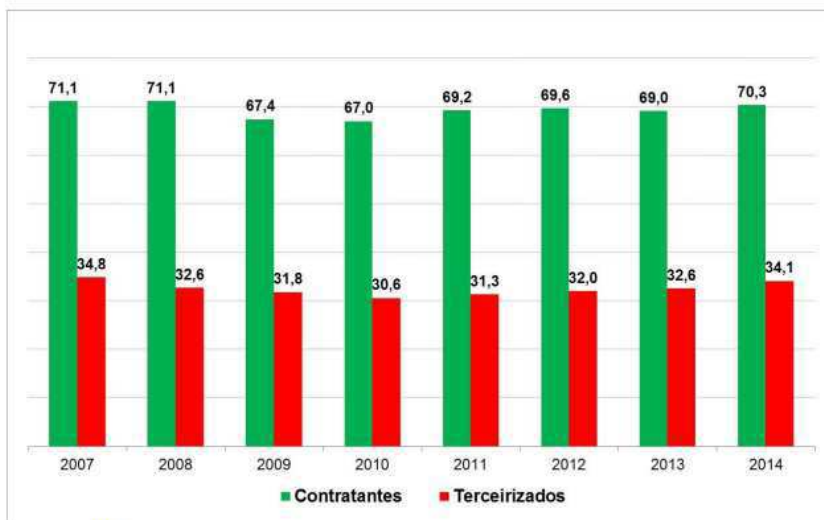
Elaboração: DIEESE. Subseção CUT Nacional

Figura 1: Gráfico informativo. Remuneração nominal média dos vínculos formais de emprego segundo atividades tipicamente terceirizadas e tipicamente contratantes.

Fonte: (DIEESE, 2017)

O tempo de duração do vínculo de emprego é também uma questão a se ponderar, na medida em que é preciso conceder certas segurança e permanência no trabalho ao obreiro que é também consumidor, para que usufrua de sua remuneração e faça movimentar a economia. Conforme gráfico a seguir, esse tempo de duração é inferior no setor terceirizado quando comparado ao setor formal, (DIEESE, 2017):

GRÁFICO 3
Tempo médio de duração dos vínculos formais de emprego nas atividades
tipicamente terceirizadas e tipicamente contratantes
Brasil, 2007-2014 (em meses)



Fonte: MTb. Rais
 Elaboração: DIEESE, Subseção CUT Nacional
 Obs.: Inclui apenas vínculos ativos

Figura 2: Gráfico Informativo. Tempo médio de duração dos vínculos formais de emprego nas atividades tipicamente terceirizadas e tipicamente contratantes. Brasil, 2007-2014 (em meses).

Fonte: (DIEESE, 2017)

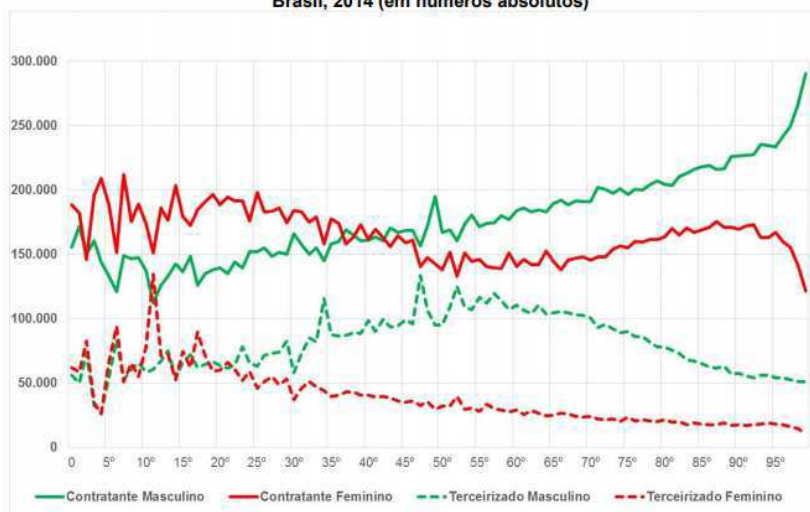
Na Nota Técnica 172 (DIEESE, 2018), aponta-se que o percentual de afastamentos por acidentes de trabalho típicos nas atividades tipicamente terceirizadas é maior do que nas atividades tipicamente contratantes - 9,6% contra 6,1%.

A partir da análise dos dados estatísticos, vê-se que o fenômeno da ampliação da terceirização precariza as condições de trabalho como um todo, quando comparadas com as atividades tipicamente contratantes, na medida em que o nível de escolarização não é variável influenciadora para se ampliar a faixa salarial; as remunerações são menores; o tempo de duração do vínculo de emprego é menor; há uma maior concentração de afastamentos por acidentes de trabalho e existe, também, uma maior jornada de trabalho.

Como ampliação do problema, dados do IBGE (IBGE, 2018) apontam a distribuição percentual da população ocupada por sexo, segundo setor de atividade econômica (indústria, agropecuária e serviços). Neles, vê-se que a porcentagem de mulheres que trabalham no setor de serviços - majoritariamente terceirizado - é maior, em percentual de 84,5%.

Além disso, há a questão da reprodução da disparidade de condições de gênero em uma situação de precariedade, o que torna a condição da mulher, dentro da terceirização, ainda mais complicada. A ilustrar, conforme gráfico abaixo (DIEESE, 2017), nota-se que homens empregados em atividades tipicamente terceirizadas concentram-se em estratos intermediários de remuneração, enquanto as mulheres estão nos estratos com menores rendimentos:

GRÁFICO 6
Distribuição dos vínculos formais de emprego por faixa de remuneração, segundo sexo em atividades tipicamente terceirizadas e tipicamente contratantes
Brasil, 2014 (em números absolutos)



Fonte: MTb. Rais

Elaboração: DIEESE. Subseção CUT

Figura 3: Gráfico Informativo. Distribuição dos vínculos formais de emprego por faixa de remuneração, segundo sexo em atividades tipicamente terceirizadas e tipicamente contratantes. Brasil, 2014 (em números absolutos)

Fonte: (DIEESE, 2017)

Considerando que a nova lei da terceirização ampliou as possibilidades de contratação, incluindo as de atividade-fim e, ainda, havendo maior concentração das mulheres nos setores terceirizados, mostra-se plausível apontar que três fatores atuam na desvalorização do trabalho feminino: as próprias desigualdade e a discriminação que a mulher já enfrenta no mercado de trabalho e a potencialização dessa desigualdade ao se inserir a mão de obra feminina, tão abundantemente, no trabalho terceirizado, que, sabidamente, é segmento que funciona com salários e benefícios mais baixos quando comparados aos dos empregados “tradicionais” ou vinculados diretamente às empresas tomadoras de serviços.

Desse modo, vê-se que as mudanças legislativas estavam ancoradas na matriz do pensamento liberal, que tem como preocupação única a produção e o fomento da economia, sendo indiferente à luta pela equiparação de gênero.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ensaio, buscou-se analisar as recentes alterações legislativas e seus impactos na sociedade, principalmente quanto ao gênero feminino.

Conforme dados demonstrados ao longo da exposição do trabalho, há um vasto contingente de mulheres no âmbito da terceirização, o que as torna mais vulneráveis às condições de trabalho precárias, reproduzindo a distinção de gênero em um contexto de precariedade.

É possível notar que as alterações trazidas na legislação, principalmente pela nova lei da terceirização, levam em conta, em primeiro lugar, o capital e, posteriormente, as consequências aos trabalhadores, contrariando o art. 1º da Constituição Federal que coloca como fundamento da República o valor social do trabalho.

Vê-se que a solução mais estratégica para a ampliação das oportunidades de emprego para as mulheres seria a desconstrução da sua imagem de gênero como inferior à dos homens. Isso seria possível pela valorização do trabalho feminino e da vasta quantidade

de papéis ocupados pela mulher, que, até hoje, concilia tarefas domésticas, familiares e profissionais de maneira solitária, muito pela invisibilidade dessas atribuições, que não são fonte de rendimento capital, embora tenham influência decisiva para a produção de trabalho por outras pessoas com as quais mantêm relação familiar (por exemplo, maridos, companheiros, filhos, netos).

Buscar uma diretriz de proteção à família, e não à maternidade apenas, como, por exemplo, a previsão de garantia de emprego e renda a ambos os genitores e a ampliação da concessão de licença-paternidade parecem ser medidas necessárias para reduzir as responsabilidades destinadas à mulher quanto à família e à criação dos filhos, refletindo na maior valorização do trabalho feminino.

Desse modo, devem-se pensar formas para que a mulher não seja discriminada no ambiente de trabalho, viabilizando a sua contratação e a permanência no labor, bem como devem-se criar alternativas para que o Direito do Trabalho atenda primordialmente aos interesses e às necessidades humanas em detrimento dos apelos mercadológicos e econômicos.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís Wendel. *A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?* 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 20 de agosto de 2007.

ALVES, Giovanni. *Toyotismo, novas qualificações e empregabilidade: mundialização do capital e a educação dos trabalhadores no século XXI*. Disponível em: <http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2008-2/Educacao-MII/2SF/1-Alves2008.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2010.

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/9657/8494>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei n. 6.787/2016. Altera o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. *Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que “Altera o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de Janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 104, de 1964*. Aprova a Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, concluída em Genebra. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html. Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 21.417, de 17 de maio de 1932*. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 958252. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 30.08.2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 25 abr. 2019.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012.

CORREIA, Jéssica de Oliveira Alencar. A precarização das relações de trabalho em virtude da crise econômica em face dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 20, n. 2, p. 49-54, dez. 2016.

COUTINHO, A.; CIRINO, S. Trabalho, identidade e reconhecimento a captura da subjetividade do trabalhador no capitalismo contemporâneo: uma estratégia frustrada? *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], p. 1-22.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2007.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Nota Técnica 178*. A Reforma Trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil. 2017. (*online*). Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.pdf>. Último acesso em: 23 nov. 2018.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Tema Terceirização*. Nota técnica 172. Terceirização e precarização das condições de trabalho. 2017. (*online*). Disponível em: <https://www.dieese.org.br/sitio/buscaDirigida?itemBusca=&comboBuscaDirigida=TEMA%7Chttp%3A%2F%2Fwww.dieese.org.br%2F2012%2F12%2Fdieese%23T356912459>. Acesso em: 01 set. 17.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Tema Terceirização*. Novembro - Boletim de Emprego em pauta. 2018. (*online*). Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2018/boletimEmpregoEmPauta10.html>. Acesso em: 23 nov. 2018.

GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas. GT: Reforma Trabalhista CESIT/ IE/ UNICAMP. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

HARISON, Casey. *An organization of labor: laissez-faire and marchandage in the Paris building trades through 1848*. French Historical Studies, v. 20, n. 3, p. 357-380, Summer, 1997.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Daniele. Divisão sexual do trabalho profissional e doméstico: Brasil, França, Japão. In: COSTA, Albertina de Oliveira; SORJ, Bila; BRUSCHINI, Cristina; HIRATA, Helena (org.). *Mercado de trabalho e gênero*. Comparações internacionais. 1. ed. Editora FGV. 2008.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Estatísticas de Gênero - *Indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Tabela Resumo dos Indicadores [online]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>. Atualizado em 18.05.2018. Acesso em: 01 set. 2018.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. *Outras Formas de Trabalho da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24266-mulheres-dedicam-mais-horas-aos-afazeres-domesticos-e-cuidado-de-pessoas-mesmo-em-situacoes-ocupacionais-iguais-a-dos-homens>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MARX, K. *Produtividade do capital, trabalho produtivo e improdutivo*. Manuscritos econômicos de Marx de 1861 a 63, Parte 3, Mais Valia Relativa. 1863. Livro 4 - Teorias da Mais Valia. Volume 1. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987.

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHOLZ, Roswitha. *O valor é o homem*. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/rst1.htm>. Acesso em: 22 de ago. 2016.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. Alguns dos efeitos econômicos, arrecadatórios e sociais da reforma trabalhista. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da (org.). *Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. v. 1, p. 144-155.

O TRABALHO ANÁLOGO AO
DE ESCRAVO DOS BOLIVIANOS NO
BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE
ACERCA DA AMPLIAÇÃO DA
TERCEIRIZAÇÃO COMO FONTE DA
PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO
APÓS A LEI 13.429/2017*

THE WORK ANALOGOUS TO
THE BOLIVIAN SCANDAL IN
BRAZIL: A BRIEF ANALYSIS OF THE
EXPANSION OF OUTSOURCING AS
A SOURCE OF PRECARIOUS WORK
AFTER THE LAW 13.429/2017

Amanda Eiras Testi**

RESUMO

No cerne da discussão acerca das problemáticas trazidas pela Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, encontram-se elencadas as condições de trabalho análogas às de escravo dos bolivianos na indústria têxtil.

Muito embora haja legislações nacionais e internacionais que vedem a exposição do trabalhador ao trabalho forçado ou obrigatório e tutelem o trabalho digno, ao analisar os índices de

* Artigo enviado em 05.12.2018 e aceito em 01.04.2019.

**Mestre em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. *E-mail*: amandaeirastesti@hotmail.com.

flagrantes de trabalho análogo ao de escravo no Brasil, tem-se que, após a vigência de referida lei, o número de trabalhadores escravizados aumentou significativamente, o que não pode ser visto como mera coincidência.

A entrada dos bolivianos no Brasil, muitas vezes ilegal, insere-os em uma condição de maior vulnerabilidade, dado o receio de serem punidos com a pena de extradição para seu país de origem, o qual vivencia uma grande crise econômica há mais de uma década, fazendo com que estes permaneçam silentes sobre as condições de trabalho que desenvolvem, impedindo a realização de denúncias aos órgãos competentes, bem como a solicitação de auxílio a terceiros.

Diante disso, questiona-se: como a terceirização atua na cadeia produtiva de trabalho análogo ao de escravo no Brasil, aumentando o número de trabalhadores em condição de escravatura contemporânea e, conseqüentemente, violando a dignidade humana do trabalhador?

Sob o ponto de vista metodológico, a fim de proceder à melhor abordagem do tema, foi feita opção pelo método analítico-dedutivo, partindo-se da investigação bibliográfica como técnica de pesquisa.

Palavras-chave: Terceirização. Trabalho análogo ao de escravo. Bolivianos. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

At the heart of the discussion about the problems brought about by Law 13.429 of March 31, 2017, the conditions of work similar to those of Bolivians in the textile industry are listed.

Even though there are national and international laws that prohibit the exposure of the worker to forced or compulsory labor, and to monitor decent work, in analyzing the flagrant indices of work similar to that of slavery in Brazil, it is clear that after the validity of said law, the number of enslaved workers increased significantly, which can not be seen as mere coincidence.

The entry of Bolivians in Brazil, often illegal, places them in a condition of greater vulnerability, given the fear of being punished with the penalty of extradition to their country of origin, which has experienced a major economic crisis for more than a decade, making them remain silent on the working conditions they develop, preventing denunciations from the competent bodies, as well as the request for assistance to third parties.

In view of this, it is questioned how outsourcing acts in the source of the productive chain of analogous work in Brazil, increasing the number of workers in the condition of contemporary slavery and, consequently, violating the human dignity of the worker?

Keywords: *Outsourcing. Work analogous to slave labor. Bolivianos. Dignity of human person.*

INTRODUÇÃO

A alteração trazida pela Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, denominada popularmente como a lei da terceirização, trouxe inovações que, de um lado, favoreceram empregadores, mas, doutra banda, fragilizaram as condições de trabalho, ratificando, ampliando e aprofundando sua precarização.

A terceirização da atividade-fim da empresa tomadora de serviços gera insegurança jurídica aos operadores do Direito do Trabalho, vez que possibilita o sucateamento da mão de obra, excluindo de sua contratação os trabalhadores especializados, logo, mais onerosos à empresa e aumentando, no quadro de funcionários, o número de trabalhadores sem especialização, a fim de obter a majoração do capital.

A insegurança jurídica ainda é fomentada pela instituição da responsabilidade subsidiária da empresa contratante, devendo o trabalhador esgotar todas as possibilidades de recebimento em face da empresa prestadora de serviços, para, então, pleitear o pagamento à empresa contratante, o que inibe a celeridade processual, sendo este um dos princípios basilares do Direito Processual do Trabalho.

Em que pese a existência de diversas legislações que tutelem o trabalho digno e decente, bem como os normativos internacionais acerca do combate ao trabalho forçado, dentre eles a Convenção de número 29 da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, o trabalho em condições análogas às de escravo ainda se faz presente na sociedade contemporânea, fomentado, nesse momento, pela terceirização como fonte da cadeia de produção.

Nesse sentido, tem-se que o novo modelo de terceirização vai de encontro a todo o aparato protecionista do trabalhador, inserindo-o em uma condição de maior vulnerabilidade, aumentando drasticamente o número de flagrantes de trabalhadores em condições análogas às de escravo desde a publicação da Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, gerando o questionamento acerca de qual a relação entre a terceirização e o trabalho análogo ao de escravo.

Para demonstrar a relação entre o aumento do número de trabalhadores em condição de escravatura contemporânea e a terceirização, a presente pesquisa pautará no método analítico dedutivo, partindo da investigação bibliográfica como técnica de pesquisa.

A TERCEIRIZAÇÃO COMO FONTE DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

A palavra terceirização é um neologismo da palavra terceiro, compreendido, nesse sentido, como um intermediário, um sujeito interveniente, mas não alheio à situação jurídica entre duas ou mais partes (GODINHO, 2014).

A terceirização se choca com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, a qual prevê um modelo empregatício, que se funda em uma relação entre empregado e empregador e, por isso, é necessário enxergá-la como uma modalidade excetiva de contratação, o que ocorria até a publicação da Lei n. 13.429/2017, momento em que era vedada a terceirização da atividade principal da empresa.

Os simpatizantes à terceirização defendem o posicionamento de que se trata de uma técnica moderna, a qual preserva direitos trabalhistas, gera empregos, não precariza o trabalho e permite a concentração da empresa na atividade principal, trazendo uma dupla garantia aos trabalhadores. Mas a realidade é antagônica a esses fundamentos.

O atual modelo de terceirização é idêntico à intermediação de mão de obra existente no período da Revolução Industrial, período este em que os trabalhadores eram considerados como meras mercadorias, havia precariedade nas condições de trabalho e a saúde e segurança do trabalho eram inexistentes, caindo por terra a alegação de que tal instituto é uma modernização necessária.

Não parece razoável crer no argumento de que a terceirização preserva direitos trabalhistas com a permissão da contratação da atividade-fim da empresa, bem como da instituição da responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Isso porque a permissão da terceirização da atividade-fim permite a prescindibilidade de especialização, gerando a substituição de funcionários especializados por funcionários terceirizados, acarretando a diminuição de custos na empresa e o sucateamento de mão de obra. Doutro lado, a responsabilidade subsidiária da empresa contratante atenta à própria ordem trabalhista. Se a verba trabalhista possui caráter alimentar, como se falar em preservação de direitos quando a responsabilidade subsidiária impõe o esgotamento de todas os meios de recebimento de verbas trabalhistas em face da empresa prestadora de serviços, para, então, poder cobrar da empresa contratante? Não existe dupla garantia aos trabalhadores.

A argumentação de que a terceirização gera empregos e não precariza o trabalho é frágil, haja vista que ela gera subempregos, em condições totalmente atentatórias à dignidade do trabalhador. Não basta que haja a instituição de novos empregos, mas que estes sejam dignos, propiciem condições dignas de trabalho e não insiram o trabalhador em condição de semiescravidão (SOUTO MAIOR, 2015).

O que se verifica com a ampliação da terceirização é a transformação de empregos em subempregos, objetivando o acúmulo de capital em detrimento da dignidade do trabalhador. Exemplo disso foi a dispensa em massa realizada pela Latam Airlines de 1,3 mil funcionários dos aeroportos de Guarulhos, Tom Jobim, realizada dia 20 de agosto de 2018, para contratação de terceirizados, reduzindo custos por meio da precarização das condições de trabalho, o que acaba por impactar a qualidade dos serviços prestados e, por se tratar de uma empresa aérea, coloca em risco a segurança do voo (MOREIRA, 2018).

É fato que os antigos moldes da terceirização ilícita (responsabilidade solidária de empresa contratante e vedação de terceirização da atividade-fim) já carregavam consigo a precarização do trabalho, o que se intensificou desde a publicação da Lei n. 13.429/2017. Os elevados índices dos números de acidentes de trabalho, ausência do gozo de férias por anos sequenciais, jornadas excessivas, não recebimento de verbas rescisórias e, principalmente, a discriminação dos funcionários terceirizados dentro de uma empresa demonstram, por si sós, a precarização do trabalho (SOUTO MAIOR, 2015).

Tais contraposições aos fundamentos dos simpatizantes à terceirização não são suposições, e, sim, estatísticas, dados do DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos.

O DIEESE realizou um estudo acerca da terceirização e precarização nas relações de trabalho, onde, em síntese e considerando somente o ano de 2014, os dados obtidos revelaram que: a taxa de rotatividade descontada é duas vezes maior nas atividades tipicamente terceirizadas (57,7%, contra 28,8% nas atividades tipicamente contratantes). Já nas atividades tipicamente terceirizadas, 44,1% dos vínculos de trabalho foram contratados no mesmo ano, enquanto, nas tipicamente contratantes, o percentual foi de 29,3%. O percentual de 85,9% dos vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas tinha jornada contratada entre 41 e 44 horas semanais. Nos setores tipicamente contratantes, a proporção

era de 61,6%. O percentual de afastamentos por acidentes de trabalho típicos nas atividades tipicamente terceirizadas é maior do que nas atividades tipicamente contratantes: 9,6% contra 6,1%. Os salários nas atividades tipicamente terceirizadas eram, em média, 23,4% menores do que nas atividades tipicamente contratantes (R\$ 2.011,00 contra R\$ 2.639,00) (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2017).

Não constitui uma conclusão inédita o fato de que o fenômeno da globalização tende a trazer consigo ideais de precariedade, uma vez que busca reduzir os custos da produção em prol do aumento de capital, objetivando proporcionar à indústria/empregador um melhor preço final. Nesse sentido, a precarização deve ser entendida no presente estudo como a perda ou ausência de concessão de direitos trabalhistas e previdenciários, o que imobiliza todo o desenvolvimento econômico, uma vez que um trabalhador mal remunerado e com condições ínfimas de trabalho tende a ser um trabalhador com baixa saúde e, ainda, sem poder econômico, o que o impede de desenvolver as outras vertentes de sua personalidade, tais como a de consumidor, de investidor e de poupador, o que, a longo prazo, impacta a sociedade como um todo. Diante dos dados apresentados, não se pode olvidar de que, ao contrário dos argumentos de defesa, a terceirização traz inúmeros malefícios para os trabalhadores, segmentando-os entre contratados e terceirizados, retirando-lhes a condição de serem reconhecidos como classe trabalhadora e, outrossim, dificulta a redução da desigualdade social dada à não apreciação dos princípios da justiça social.

1 A Dignidade da Pessoa Humana

Dentro do estudo histórico sobre o surgimento da definição de dignidade da pessoa humana, acredita-se que sua primeira ocorrência se deu no Cristianismo, junto ao Antigo e ao Novo Testamento, quando foi descrito que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, avançando nas ideias do jusnaturalismo.

É sabido, entretanto, que não está positivado ou concretamente delimitado um conceito acerca do referido princípio. Em que pesem as diversas acepções doutrinárias da dignidade da pessoa humana, bem como sua uníssona interpretação como pilar do ordenamento pátrio, o fato é que sua delimitação agrega diversos fatores, de acordo como cada caso se apresenta.

A vida humana tem suas raízes solidificadas na dignidade, o que é mencionado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que prescreve: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” (ONU, 1948).

Com o surgimento dos Estados Democráticos e suas Constituições, a partir do século XX, os direitos fundamentais, incluindo a dignidade humana, passaram a ser previstos nos textos constitucionais (SARLET, 2010).

Na Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, devido à tamanha importância para o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana foi descrita no artigo 1º, III, sendo que o indivíduo a adquire com o seu nascimento e dele ela pode ser tirada, haja vista se tratar de algo intrínseco ao ser humano e de princípio imprescindível para a realização da amplitude dos direitos fundamentais. Por esse motivo, a dignidade da pessoa humana está inserida em um rol inaugural da Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, dotada de blindagem constitucional.

Sobre a dignidade, KANT, 2004, já afirmava:

É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de incapacidade mental.

Percebe-se, dessa maneira, que a dignidade pode ser entendida por duas vertentes: algo inerente ao homem pelo simples fato de ser humano, e o direito que os indivíduos têm de possuir uma vida digna (NUNES, 2010).

A dignidade detém um valor absoluto pelo fato de ser fim em si mesma, e, por tal, tem sua fundamentação no imperativo categórico. Isso porque a existência do homem é um fim em si mesmo e não meio para se atingir a vontade de outrem. Ele sempre deverá ser considerado como o fim (KANT, 2011).

Nesse contexto, visualiza-se de forma cristalina que o imperativo categórico possui estreita relação com a dignidade, uma vez que

[...] o imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possa usar a humanidade tanto em tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (KANT, 2011).

Logo, tendo-se a dignidade do homem sem outro fim ou meio para alcançar outros objetivos além do imperativo categórico, isso torna todo sujeito racional digno de ser um legislador no reino nos fins (KANT, 2011).

Por esse motivo, o imperativo categórico é o único imperativo que pode ser incondicional, justamente por ser categórico, ou seja, por se tratar de uma lei para a vontade de todo ser racional:

Ele só pode mandar que tudo se faça em obediência à máxima de uma vontade que ao mesmo tempo se possa ter a si mesma como universalmente legisladora acerca do objeto, pois só então é que o princípio prático e o imperativo a que obedece podem ser incondicionais, porque não se fundamentam sobre interesse algum (KANT, 2011).

Com isso, tem-se que a dignidade não deve nenhuma obediência senão à lei que justifica o fim em si mesmo, uma vez que, quando se trata da finalidade, há a presença de preço ou

dignidade. Quando há preço, há substituição por algo equivalente; contudo, quando há dignidade, inexistente preço, inadmitindo-se equivalências, sendo sempre um fim em si mesma (NUNES, 2010).

Desse modo, o tratamento contemporâneo de dignidade da pessoa humana trouxe consigo a condensação das ideias acima expostas em um único pensamento: de que a conduta ética deve ser aquela inspirada em uma máxima que pode ser convertida em lei universal, sendo esta a de que todo homem é um fim em si mesmo, vedada a sua funcionalização a projetos alheios, uma vez que as pessoas humanas são desprovidas de preço, tampouco podem ser substituídas; sendo, portanto, detentoras de um valor absoluto denominado dignidade (BARROSO, 2010).

Acerca da aplicabilidade da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho, há de se ressaltar que esta foi elencada na Carta Magna vigente como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, devendo todas as relações jurídicas, tanto no âmbito público, quanto privado, ser pautadas por tal fundamento. Portanto, não se torna crível discorrer sobre condições escravistas de trabalho sem mencionar tal princípio.

O fundamento, também considerado princípio da dignidade humana, é um princípio basilar, dotado de supremacia, sendo o alicerce e pedra angular de todos os demais princípios fundamentais, e, sob essa ótica, PIOVESAN, 2013 se posiciona:

A dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.

O artigo 6º da Constituição Federal elenca o trabalho como um direito social, estabelecendo um rol de garantias capazes de assegurar uma existência digna, uma vez que elas objetivam a redução da desigualdade entre as pessoas. E não é coincidência

quando o legislador elenca as normas protetivas do trabalho no artigo subsequente ao que prevê os direitos sociais, haja vista que a desigualdade material entre as pessoas só pode ser reduzida com a existência de um trabalho (SARLET, 2015), tendo em vista o trabalhador depender do trabalho para sua sobrevivência; logo, é através do labor que há a existência de uma vida digna.

Através da análise da evolução do Direito do Trabalho na história do Brasil, verifica-se que se trata de um ramo novo do Direito e, por isso, determinadas situações são desprovidas de regulamentação, principalmente no que tange às normas protetoras da vida do trabalhador.

Todavia, essa ausência de regulamentação não desonera o empregador do cumprimento de suas obrigações, que OLIVEIRA, 2010, elenca como as de dar trabalho e proteção, inalterabilidade do contrato de trabalho e remuneração dos serviços prestados.

A obrigação de dar trabalho diz respeito à oferta de labor pelo empregador dentro dos limites do contrato, possibilitando ao empregado a sua execução normal, proporcionando-lhe meios adequados para tanto. Deve-se, com toda supremacia, respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana (MARANHÃO, 1976).

O empregador também tem como dever a provisão de proteção ao trabalhador e, nisso, inclui-se a proteção à sua dignidade, assegurando-lhe condições dignas de trabalho, com observação às normas de higiene, medicina e segurança do trabalho (OLIVEIRA, 2010).

A inalterabilidade do contrato de trabalho veda ações abusivas do empregador na alteração substancial e unilateral das condições de trabalho, meio este, muitas vezes, utilizado como sanção por atos errôneos cometidos pelo obreiro.

Já a obrigação de remunerar os serviços prestados prevê o pagamento de salário como contraprestação do serviço realizado no valor fixado pelo mercado de trabalho, objetivando o atendimento às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (OLIVEIRA, 2010).

Embora o empregador tenha como dever o cumprimento das obrigações descritas, nem sempre é o que acontece. Isso porque as lacunas existentes na legislação inserem o obreiro em situação de vulnerabilidade, já que, em uma relação de trabalho, o objetivo do empregador é sempre a obtenção de lucro e de condições favoráveis a si a qualquer custo, o que não pode prevalecer sob nenhuma razão, pois nenhum fundamento pode ser sobreposto à efetividade dos direitos fundamentais sociais, visto que estes são direitos dotados de imprescindibilidade para existência de uma condição digna; não podendo, portanto, ser minorados ou extintos, sob pena de afronta à integridade e dignidade do trabalhador, pois,

[...] onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva. (DELGADO, 2015).

Portanto, para que a dignidade da pessoa humana se faça presente nas relações de trabalho, necessário se faz que haja a efetividade dos direitos fundamentais sociais, que a propicie, tendo em conta que ela só pode ser concretizada quando há o reconhecimento do valor social existente no vínculo laboral.

2 Trabalho análogo ao de escravo - a busca por um conceito

O trabalho em condições análogas às de escravo tem previsão na OIT - Organização Internacional do Trabalho - e no Código Penal brasileiro, sendo a primeira abordada de forma mais restritiva, ao passo que a segunda disposição legal traz consigo uma aplicação ampliativa das situações de trabalho escravo contemporâneo, o que faz com que haja maior coerência com as demais legislações vigentes no país, tais como a CLT e a própria Carta Magna.

Face à ausência de uma previsão legal sobre o que é trabalho em condições análogas às de escravidão, muitos trabalhadores

vivem em situação exploratória de labor sem, ao menos, terem consciência desse fato, e, quando possuem, muitos se recusam à libertação, pois se consideram subjetivamente devedores do empregador e, portanto, não podem violar o princípio moral que rege a relação de trabalho (MARTINS, 1999).

A OIT, entidade máxima de tutela dos direitos trabalhistas, caracteriza como situação de trabalho análogo ao de escravo toda aquela em que o indivíduo é submetido a trabalho forçado, deixando de considerar como tal as situações de labor degradante que esses trabalhadores desenvolvem, bem como a restrição à locomoção. Dessa feita, para essa Organização, apenas o labor desenvolvido de forma involuntária é considerado trabalho escravo (BICUDO, 2008).

O Código Penal brasileiro, Lei n. 10.883, de 11 de novembro de 2003, traz consigo uma redação mais ampla, considerando como trabalho análogo ao de escravo não apenas a privação de liberdade, mas também, o trabalho desenvolvido sob condições de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (BRASIL, 1940)

Em 16 de outubro de 2017, foi publicada, no Diário Oficial, a Portaria n. 1.129/17, do então Ministério do Trabalho e Emprego. Tal Portaria dispunha sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas às de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que viesse a ser resgatado em fiscalização do então Ministério do Trabalho.

Por trabalho forçado foi conceituado todo aquele exercido sem o consentimento por parte do trabalhador e que lhe retirasse a possibilidade de expressar sua vontade. A jornada exaustiva decorria da submissão do trabalhador, contra a sua vontade e com privação do direito de ir e vir, a trabalho fora dos ditames legais aplicáveis à sua categoria. Já a condição degradante era caracterizada por atos comissivos de violação dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, consubstanciados no cerceamento da liberdade de ir e vir, por meios morais ou físicos, e que implicassem a privação da sua dignidade, ao passo que a condição análoga à de escravo dizia respeito à submissão do trabalhador a trabalho exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, realizado de maneira involuntária. O cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, caracterizava isolamento geográfico. A manutenção de segurança armada com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, e a retenção de documentação pessoal do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (BRASIL, 2017a) também foram objeto da citada Portaria, que, por sofrer diversas críticas acerca dos conceitos ali elencados - pois estes não evidenciavam a realidade -, pouco tempo depois, foi substituída por outra. Esta última atualizou, inclusive, o conceito de trabalho forçado, visto que o fato de o trabalhador ter o conhecimento de estar inserido em uma relação escravista de trabalho e aceitá-la não tem o condão de permitir a relativização da sua dignidade por se tratar de algo intrínseco ao ser humano, como explicitado no tópico anterior.

Não é demais lembrar que o Brasil é um país com alto índice de desemprego, o que, por consequência, institui a fome e a miséria para diversas famílias e, sob essa ótica, o aceite do trabalho escravista pelo trabalhador, por vezes, trata-se de questão de sobrevivência, pois, mesmo escravizado, ele tem onde se abrigar e o que comer.

Assim, em 29 de dezembro de 2017, foi publicada, no Diário Oficial, a Portaria n. 1.293/2017, abordando de forma mais detalhada os conceitos anteriormente apresentados, sendo definido como: trabalho forçado, aquele exigido sob ameaça de sanção física ou psicológica e para o qual o trabalhador não tenha se oferecido ou no qual não deseje permanecer espontaneamente; jornada exaustiva, toda forma de trabalho, de natureza física ou mental, que, por sua extensão ou por sua intensidade, acarrete violação de direito fundamental do trabalhador, notadamente aos relacionados à segurança, saúde, descanso e convívio familiar e social; condição degradante de trabalho, qualquer forma de negação da dignidade humana pela violação de direito fundamental do trabalhador, notadamente os dispostos nas normas de proteção do trabalho e de segurança, higiene e saúde no trabalho; restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida, a limitação ao direito fundamental de ir e vir ou de encerrar a prestação do trabalho, em razão de débito imputado pelo empregador ou preposto ou da indução ao endividamento com terceiros; cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, toda forma de limitação ao uso de meio de transporte existente, particular ou público, possível de ser utilizado pelo trabalhador para deixar o local de trabalho ou de alojamento; vigilância ostensiva no local de trabalho como qualquer forma de controle ou fiscalização, direta ou indireta, por parte do empregador ou preposto, sobre a pessoa do trabalhador que a impeça de deixar local de trabalho ou alojamento e apoderamento de documentos ou objetos pessoais, qualquer forma de posse ilícita do empregador ou preposto sobre documentos ou objetos pessoais do trabalhador. (BRASIL, 2017b).

De modo geral, a doutrina e estudos sobre a escravidão contemporânea apresentam como definidores para a caracterização do trabalho análogo ao de escravo o labor involuntário, com a perda da liberdade, direta ou indireta, quando o trabalho é forçado sob coerção física e moral, implicando o controle de uma pessoa por outra, ou de um grupo social em desfavor do outro, em grande parte das situações, sob o pretexto de endividamento forjado pelo próprio patrão.

Vale ressaltar que, quando se menciona ausência de liberdade no trabalho sem condições exploratórias, a expressão não se refere apenas à liberdade de locomoção, mas, também, à liberdade de rescindir a relação de trabalho de acordo com a vontade própria.

Uma característica comum identificada no trabalho escravo é a imigração, sendo que no Brasil, a maior forma de trabalho escravo é a advinda de dívidas.

Destarte, a expressão “trabalho análogo ao de escravo” deve ser caracterizada como tal, no Brasil contemporâneo, em qualquer trabalho em que haja referência direta à exposição do indivíduo, enquanto empregado, a condições desumanas, degradantes, indignas e indecentes, sendo que tais situações deverão ser interpretadas de forma extensiva, pois somente assim haverá a efetividade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a obediência às normas empregatícias, o que se espera desde 1888, com a abolição da escravatura, mas que não se tornou efetivo, mesmo com o passar de 129 anos.

3 A escravização dos bolivianos e a terceirização na indústria têxtil brasileira

Para compreender o porquê de a terceirização ser um método adotado na cadeia de produção na indústria têxtil no Brasil, necessário se faz apresentar, ainda que de forma sucinta, a forma pela qual os bolivianos são aliciados e como são inseridos em empresas terceirizadas no país.

Partindo-se do fato de que a Bolívia é um dos países mais pobres da América Latina, o aliciamento se inicia com a oferta de

empregos “milagrosos”, que, em tese, proporcionariam melhor qualidade de vida aos que vão, gerando possibilidade de conforto aos seus familiares. Esse argumento desperta o sonho dos bolivianos: o de possuir uma vida mais digna, realização que jamais poderá ocorrer na Bolívia, haja vista a falta de emprego que assola o país, principalmente depois da crise sofrida em 2005 (TESTI, 2018).

Feito o anúncio, o aliciador marca dia, hora e local para a realização de entrevistas com os interessados, momento este em que aparecem inúmeros bolivianos, mas poucos serão escolhidos, pois nem todos preenchem os requisitos de trabalhadores que os empregadores do Brasil querem e necessitam, requisitos estes que englobam idade, altura e porte físico, tendo preferência os jovens, de ambos os sexos, solteiros, com escolaridade média, pois são mais atraídos pelas promessas de bons salários, o que faz com que se dediquem fielmente à atividade de costura, alimentando a ilusão de uma vida melhor para si e seus familiares (SILVA, 2006).

Embora a grande parte das situações de migração se dê através de um aliciador, nem todas ocorrem dessa forma. Com efeito, parte dos bolivianos decide deixar o país de origem, quando se depara com anúncios de empregos ali veiculados, mas para trabalhar no Brasil, e também em redes sociais.

Mas, dadas as circunstâncias, seja pela expiração do visto ou pela necessidade da facilitação da entrada em território estrangeiro por meio ilegal, eles acabam caindo na armadilha de uma relação de exploração (TIMÓTEO, 2011).

Quando iniciam a viagem, os imigrantes se deparam com uma situação até então inimaginável: o agenciador que, até dado momento, era uma pessoa amigável e que oferecia um bom emprego aos bolivianos, torna-se uma pessoa rude, que realiza ameaças e apreende os documentos pessoais dos trabalhadores (ROSSI, 2005).

Assim que chegam, os bolivianos desembarcam no seu novo local de trabalho, onde os documentos pessoais retidos pelo aliciador quando adentraram no ônibus são entregues ao novo empregador e é nesse momento que se inicia um longo, triste e árduo caminho.

O local de trabalho se confunde com a residência dos trabalhadores, não permitindo qualquer privacidade. As condições de trabalho são sub-humanas, e a vigia é constante. Quando o empregador precisa se ausentar, os bolivianos são trancados no local de trabalho. As oficinas das confecções, por serem, em sua grande maioria, ilegais, são sediadas em porões, onde não há circulação de ar e passagem de luz natural. A fim de camuflar o barulho das máquinas de costura, durante toda a jornada de trabalho, a música boliviana se faz presente, isso também ajuda a fazer com que os trabalhadores se sintam mais à vontade, realizando um melhor trabalho (CACCIAMALI; AZEVEDO, 2006). A fiação elétrica é inteiramente exposta, fazendo com que o local de trabalho e residência dos trabalhadores seja um ambiente de grande risco a choques e explosões. As condições de higiene e segurança são inexistentes, e a alimentação é fornecida pelo empregador de forma precária, sendo ofertado café da manhã, almoço e jantar, tendo o trabalhador o período de vinte minutos para realizar cada refeição. Embora a alimentação seja fornecida pelo empregador, esta não é uma cortesia dele; ela é descontada do trabalhador de seu saldo a receber, assim como a água, luz e moradia (ROSSI, 2005).

Apesar de os bolivianos¹, assim como os brasileiros, possuírem diversas habilidades, sua inserção no setor da costura não é mera coincidência. Ela decorre do fato de que, em tal segmento, não se faz necessária a experiência prévia e nem a idade mínima, o que permite a utilização de mão de obra dos menores, filhos dos imigrantes, e, à medida que eles se estabelecem na cidade, há um processo de reunificação familiar com a vinda de irmãos, pais e parentes, sendo aproveitada até mesmo a mão de obra dos idosos, os quais exercem atividades suplementares, tais como preparo de refeições (SILVA, 2006).

¹ Tal situação pode ocorrer com qualquer imigrante economicamente vulnerável. Porém, diante da necessidade de delimitação do tema no presente estudo, optou-se por falar dos imigrantes bolivianos nas confecções.

Mas, por trás dessas confecções que inserem os bolivianos em condição de escravatura contemporânea, há uma cadeia de exploração fundada na terceirização. E isso se dá da seguinte maneira: uma grande empresa fornece os croquis das peças a serem produzidas pela empresa contratada, que, por sua vez, contrata confecções ilegais para a produção, sob pagamento de valor irrisório. Para uma peça que é vendida por R\$ 30,00 a R\$ 40,00 para o consumidor, paga-se ao dono da oficina o valor variável de R\$ 2,00 a R\$ 3,00. Aos bolivianos repassa-se o importe de R\$ 0,30 a R\$ 0,40 por peça, objetivando-se, sempre, o aumento do capital em detrimento da dignidade do trabalhador, o que jamais deve ser aceito em um país que tem como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (GAUDÉRIO, 2007).

4 Os bolivianos escravizados no Brasil

A mídia noticia rotineiramente flagrantes de bolivianos escravizados nas confecções terceirizadas, desde lojas de departamento a altas grifes e, para demonstrar, de forma cristalina, a relação entre a terceirização e a utilização de mão de obra escrava na indústria têxtil, faz-se a apresentação de casos concretos, como os descritos abaixo.

A última “lista suja”, elaborada pelo então MTE, que tornou público o nome das empresas utilitárias de mão de obra escrava, divulgada em outubro de 2018, elencou 209 empregadores praticantes dessa forma exploratória no território brasileiro, sendo a Via Veneto a maior marca nacional a integrar a lista. Referida empresa é proprietária da famosa e luxuosa marca Brookfield Donna (CAMARGOS, 2018).

Em fiscalização realizada em uma oficina de costura na Zona Leste de São Paulo, auditores do MTE se depararam com o mesmo tecido que estampava a capa da página da Brookfield na rede social *Facebook*. Tais tecidos eram utilizados para confeccionar peças da marca, as quais eram costuradas por bolivianos que laboravam

em jornadas de trabalho superiores a 12 horas, em oficina pequena, escura e fétida (LOCATELLI, 2016).

Nessa fiscalização, cinco pessoas, todas bolivianas, foram resgatadas, dentre elas, um adolescente de 15 anos e mais duas crianças, que moravam com as mães, permanecendo quase todo o tempo nas máquinas de costura.

Visando à obtenção de mais capital acumulado com a redução dos custos, já que uma peça é vendida a R\$ 690,00 nas lojas, mas se paga ao costureiro, aproximadamente, R\$ 6,00, a Brookfield terceirizava os pedidos para uma confecção denominada MDS, a qual enviava as peças já cortadas para as oficinas subcontratadas que tinham imigrantes bolivianos como trabalhadores, quarteirizando, dessa forma, a mão de obra (LOCATELLI, 2016).

O mesmo ocorre com as marcas Animale, Zara, M Officer, Renner, Marisa, Pernambucanas, Le Lis Blanc, Bo.Bô, Hippyckick, 775, Talita Kume, as Marias, Seiki, Atmosfera, Fenomenal e Gangster, todas, utilitárias de mão de obra escrava boliviana (REPÓRTER BRASIL, 2012).

Embora a grande maioria das marcas negue qualquer envolvimento com tais empresas e aleguem, inclusive, o desconhecimento de tal situação, os preços, etiquetas, número de peças a ser produzido, modelos, valores e peça-piloto são enviados e determinados pelas próprias grifes. Nas fiscalizações realizadas, encontram-se facilmente documentos que comprovam a plena consciência da empresa no tipo de mão de obra contratada. Em casos não raros, visualizam-se mensagens enviadas pelas intermediárias às donas das oficinas com ordens expressas e quantidade de roupas a ser entregue em determinado prazo, sendo que o pagamento, somente é realizado após a empresa receber as peças devidamente finalizadas.

Não é demais salientar que várias das empresas que alegam desconhecimento de tal situação são reincidentes na utilização de mão de obra escrava em sua produção, o que demonstra que, mais que conhecimento, as empresas têm o desejo de manter a relação escravista de trabalho, subjugando a dignidade do trabalhador em benefício do aumento de seu capital.

Ademais, a simples alegação de desconhecimento, se aceita, torna-se álibi para reincidência na terceirização ou quarteirização de mão de obra escrava, sendo que as marcas devem ser responsabilizadas pela desídia em não pesquisar, de forma responsável, a empresa que está terceirizando seus serviços, sendo tal conduta não apenas um ato de responsabilidade social, mas de responsabilidade humanitária, pois atinge diretamente a dignidade humana e a efetividade dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Não é inédito o fato de que a terceirização irrestrita já ocorria desde antes da publicação da Lei n. 13.429/2017, de forma ilegal.

Porém, com o advento de referida lei, os flagrantes de utilização de mão de obra escrava aumentaram significativamente.

A ONG Walk Free Foundation é a responsável pela coleta de dados do número de trabalhadores em condições análogas às de escravo em todo o mundo. De acordo com o seu relatório, emitido em 2014, o Brasil mantinha 155.300 pessoas laborando em condição de escravatura contemporânea, ao passo que, em 2016, no *ranking* de países que possuem indivíduos trabalhando em condição análoga à de escravo, o Brasil ocupava a 51ª posição, mantendo 161.100 pessoas nesse estado de sujeição, ou seja, 0,078% da população brasileira desenvolvia trabalho análogo ao de escravo, 5.800 pessoas a mais que em 2014 (WALK FREE FOUNDATION, 2016).

Porém, dados do último relatório elaborado em 2018 demonstram que 369.000 brasileiros se encontram inseridos em condição de escravo contemporâneo, o que não pode ser encarado como mera coincidência (WALK FREE FOUNDATION, 2018).

A permissão da terceirização irrestrita traz problemas sociais e econômicos para a sociedade como um todo, pois é o fato gerador das condições de subempregos e da precarização do trabalho, o que potencializa a exploração do trabalhador, limitando a atuação de órgãos e entidades que seriam capazes de minimizar ou neutralizar referida situação se assim fosse permitido. E tal limitação

atua, inclusive, nas fiscalizações realizadas pelo então MTE acerca do trabalho análogo ao de escravo no território brasileiro.

Deve se ter em mente que, quando se menciona precarização do trabalho, na via do trabalhador, a expressão não diz respeito apenas às ínfimas remunerações percebidas ou a direitos pecuniários mitigados, mas, também, à exposição do obreiro a condições degradantes, exaustivas e indignas de labor, o que vai de encontro a todo o aparato constitucional sobre o tema.

Já na via da empresa, o que inicialmente parece benéfico, a longo prazo pode não ser. A ausência de especialização na função exercida afeta a qualidade dos produtos e serviços, o que faz com que eles cheguem deficientes ao consumidor, permitindo que estes procurem outras empresas que possuam produtos e serviços de excelência.

A terceirização indiscriminada gera impactos também na segurança laboral do trabalhador, que não sabe, ao certo, a qual sindicato se filiar, quem o representa, para quem pede autorização e quem lhe garante os direitos existentes, a quem reclama em caso de doença ou acidente do trabalho - o que demonstra que, muito longe de ser a solução do país, a terceirização tende a representar um risco à saúde financeira do Brasil, que já passa, atualmente, por uma profunda crise econômica, tornando-se, cada vez mais distante, o compromisso constitucional de geração de empregos dignos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BICUDO, Hélio. *Reflexões sobre trabalho escravo no Brasil: trabalho escravo contemporâneo no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

BRASIL. *Código Penal*. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-ei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. *Portaria n. 1.129, de 13 de outubro de 2017*. 2017a. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwOTZC2Mb/content/id/19356195/do1-2017-10-16-portaria-n-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-19356171. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. *Portaria n. 1.293, de 28 de dezembro de 2017*. 2017b. Disponível em: http://www.in.gov.br/consulta?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=http%3A%2F%2Fimprensa.nacional.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Fconsulta%3Fp_auth%3DaylZ5abH%26p_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D1%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_state_rcv%3D1&_101_assetEntryId=1497798&_101_type=content&_101_groupId=68942&_101_urlTitle=portaria-n-1-293-de-28-de-dezembro-de-2017-1497794&inheritRedirect=true. Acesso em: 04 abr. 2019.

CACCIAMALI, Maria Cristina; AZEVEDO, Flávio Antônio Gomes de. *Entre o tráfico humano e a opção da mobilidade social: os imigrantes bolivianos na cidade de São Paulo*. Cadernos PROLAM/USP, ano 5, n. 8, vol. 1, p. 129-143, jan.-jun. 2006.

CAMARGOS, Daniel. 2018. Via Veneto, fabricante da Coca-Cola e outros 48 nomes entram na “lista suja” do trabalho escravo. São Paulo. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2018/10/distribuidora-coca-cola-via-veneto-outros-48-empregadores-entram-na-lista-suja-do-trabalho-escravo/>. Acesso em: 04 dez. 2018.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. 2017. *Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes*. São Paulo.

Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GAUDÉRIO, Antônio. *O preço de um vestido*. 16.dez.2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1612200711.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Claret, 2011.

LOCATELLI, Piero. 2018. *Brooksfeld Donna, marca da Via Veneto, é flagrada com trabalho escravo*. São Paulo. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2016/06/brooksfeld-donna-marca-da-via-veneto-e-flagrada-com-trabalho-escravo/>. Acesso em: 04 dez. 2018.

MOREIRA, Beth. 2018. *Latam demite 1,2 mil funcionários após terceirizar serviços de solo*. São Paulo. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,latam-demite-1-2-mil-funcionarios-apos-terceirizar-servicos-de-solo,70002477123>. Acesso em: 29 nov. 2018.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Acesso em: 11 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REPÓRTER BRASIL. *As marcas da moda flagradas com trabalho escravo*. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-brasil/>. Acesso em: 11 ago. 2018.

ROSSI, Camila Lins. *Nas costuras do trabalho escravo*. 2005. Trabalho de conclusão de curso, Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, 2005. Disponível em: http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/nas_costuras_do_trabalho_escravo.pdf. Acesso em: 13 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.

SILVA, Sidney Antônio da. *Bolivianos em São Paulo: entre o sonho e a realidade*. Estudos avançados, vol. 20, n. 57, São Paulo, maio/ago. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000200012. Acesso em: 01 dez. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. 2015. *Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento*. São Paulo. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

TESTI, Amanda Eiras. *Entre linhas e foices: a escravatura no Brasil contemporâneo*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. *Os trabalhadores bolivianos em São Paulo: uma abordagem jurídica*. 2011, 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Universidade de São Paulo, 2011.

WALK FREE FOUNDATION. *The global slavery index 2016*. 2016. Disponível em: <https://www.walkfreefoundation.org/news/resource/global-estimates-modern-slavery-forced-labour-forced-marriage/>. Acesso em: 02 dez. 2018.

WALK FREE FOUNDATION. *The global slavery index 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.walkfreefoundation.org/news/resource/the-global-slavery-index-2018/>. Acesso em: 02 dez. 2018.

TERCEIRIZAÇÃO E REFORMA
TRABALHISTA: POSSIBILIDADE
DE CLÁUSULA DE
INSTRUMENTO COLETIVO
RESTRINGIR A TERCEIRIZAÇÃO*

OUTSOURCING AND LABOR
REFORM: POSSIBILITY
OF A COLLECTIVE
INSTRUMENTAL CLAUSE OF
RESTRICTING THE
OUTSOURCING

Fabiane Nogueira Reis**

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar os limites da negociação coletiva, enfrentando os diversos argumentos prós e contras relacionados à validade da cláusula normativa que proíbe a contratação de empregados terceirizados na atividade-fim da empresa. O intuito da pesquisa é elucidar se tal cláusula normativa fere os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, representando ingerência indevida na gestão da empresa. Primeiramente, conceituou-se a terceirização, analisando, ademais, a regulamentação da terceirização antes e após a publicação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017. Fixaram-se, posteriormente, os limites da negociação coletiva. Conclui-se, *a priori*, ser válida a cláusula

* Artigo enviado em 06.02.2019 e aceito em 24.03.2019.

**Analista Judiciária - Área Judiciária - Lotada na 2ª Vara do Trabalho de Montes Claros do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

normativa que proíbe a contratação de empregados terceirizados, na medida em que, a despeito de o ordenamento permitir a terceirização, inclusive na atividade-fim, é lícito às partes optarem por não realizar esse tipo de contratação. No mais, tal cláusula não afronta nenhum preceito da ordem jurídica, e o seu objeto não ultrapassa os limites estabelecidos para a autocomposição pelas partes, possibilitando, além disso, que a negociação coletiva seja utilizada como instrumento de proteção aos trabalhadores. O trabalho adota o método dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento de doutrina e artigos em periódicos sobre o tema, aliado à análise da jurisprudência e legislação pátria.

Palavras-chave: Terceirização. Limites. Negociação Coletiva. Validade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the limits of collective bargaining, facing the various pros and cons arguments related to the validity of the normative clause that prohibits the hiring of outsourced employees in the core business of the company. The purpose of the research is to elucidate whether this normative clause violates the principles of free enterprise and free competition, representing undue interference in the management of the company. First, outsourcing was conceptualized, then in addition the outsourcing regulation was analyzed before and after the publication of Laws 13.429/2017 and 13.467/2017. The limits of collective bargaining were subsequently set. It is concluded that, a priori, the normative clause prohibiting the hiring of outsourced employees is valid since, in spite of the fact that the arrangement allows outsourcing, included in the core business, it is legal for the parties to choose not to perform this type of contracting process. Moreover, such clause does not address any limits of the legal order and its object does not exceed the limits established for self-composition by the parties, in addition enabling collective bargaining to be used as an instrument to protect workers.

The work adopts the deductive method, based on bibliographical research, survey of doctrine and articles in periodicals on the subject, together with the analysis of jurisprudence and national legislation.

Keywords: *Outsourcing. Limits. Collective Bargaining. Validity.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fenômeno da terceirização¹, tema que sofreu diversas alterações em 2017, surgiu como uma manifestação do movimento que desencadeou radical transformação no modelo de acumulação econômica² (denominado pós-fordismo ou regime de acumulação flexível) e que se alastrou pelo mundo capitalista a partir da década de 1970. Tal transformação decorreu, notadamente, da reestruturação da organização do trabalho e da produção.

Isso porque, a partir da segunda metade do século XX, o sistema capitalista entrou em crise, sobretudo em virtude do processo de globalização e da crise do petróleo vivenciada no ano de 1973, fato que ocasionou o rompimento dos padrões e práticas capitalistas assentados no modelo produtivo fordista³ (modelo

¹ “O termo ‘terceirização’ constitui neologismo brasileiro que retrata o movimento de expulsão de atividades que integram o processo produtivo para realização por ‘terceiras’ empresas, bem simbolizado na reflexão de Márcio Túlio Viana, para quem, ‘como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar para fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades’”. AMORIM, Helder Santos. (A terceirização na reforma trabalhista. *Rev. TST*. São Paulo, vol. 83, n. 04, out./dez. 2017. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20TST%20v%2083%20n%204%202017/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20na%20reforma%20trabalhista,%20A.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.)

² Expressão que representa, em síntese, o processo de acumulação e concentração de riqueza no sistema econômico do capitalismo.

³ A respeito do sistema fordista de produção, relata Helder Santos Amorim: “Surgia no início do século XX uma nova forma de estruturação produtiva e de organização do trabalho industrial que iria preponderar hegemonicamente por quase três quartos de século: o sistema fordista de produção em massa. Este sistema foi inaugurado por *Henry Ford* em sua indústria automobilística, que temperava os métodos da Administração Científica do Trabalho, de *Frederick Taylor* (1911), com a engenhosidade tecnológica da linha de montagem contínua, em torno da qual os operários se concentravam, desenvolvendo específicos e sucessivos segmentos da atividade fabril, numa rotina fragmentada e cronometrada sob o ritmo imposto pela máquina.” (AMORIM, 2009, p. 25).

rígido, vertical e centralizado) e fomentou a adoção, em alguns setores, do novo modelo de produção, chamado de toyotista (modelo flexível, horizontal e descentralizado).⁴

Diante dessa nova forma de organização, verificou-se um processo produtivo estruturado num sistema mais flexível e de externalização de parte da produção. Nesse contexto, com o objetivo de reduzir custos, buscar melhores resultados e permitir o direcionamento dos esforços empresariais para a atividade considerada estratégica (principal), as empresas passaram a transferir segmento(s) ligado(s) às atividades consideradas periféricas, para empresas especializadas, por meio do fenômeno da terceirização.

Segundo Helder Amorim, o sistema produtivo foi fragmentado em diversas atividades a ela inerentes, lançadas no mercado de serviços e novamente cooptadas sob o melhor custo-benefício, formando-se, assim, uma cadeia de empresas subcontratadas. Na proposição do Autor, foi a terceirização que se afirmou como o mais poderoso mecanismo de flexibilização organizacional estruturante da empresa contemporânea.⁵

Como se vê, a terceirização surgiu como veículo de focalização da atividade empresarial, por meio da transferência a empresas especializadas, denominadas empresas de prestação de serviços a terceiros, de atividades meramente instrumentais ou acessórias no processo produtivo.

Na definição de Mauricio Godinho Delgado, “[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente”, por meio do qual se insere o trabalhador no processo produtivo do tomador dos serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.⁶

⁴ Segundo Helder Santos Amorim, “[...] a empresa, que no fordismo era verticalizada - compreendendo todas as etapas do processo produtivo -, passou a ter uma estrutura horizontalizada, descentralizando e externalizando parte da produção a outras empresas, autônomas, organizadas numa rede de parceria interempresarial.”(*Idem, ibidem*, p. 31/32).

⁵ *Idem, ibidem*. p. 32/33.

⁶ DELGADO, 2014, p. 452.

Percebe-se que, com a terceirização, o modelo clássico bilateral de contratação do trabalho subordinado, ou seja, formado por empregado e empregador (arts. 2º e 3º da CLT), torna-se trilateral.

Essa triangulação da relação de trabalho envolve o trabalhador, contratado pela empresa prestadora de serviços para laborar na empresa contratante (tomadora de serviços); a empresa prestadora (ou intermediadora) de serviços a terceiros, a real empregadora do trabalhador e que presta os serviços contratados; e a empresa contratante (tomadora de serviços), que, em razão do contrato celebrado com a empresa terceirizante, recebe a prestação dos serviços.

No que tange ao surgimento da terceirização no Brasil, tal fenômeno ocorreu a partir dos anos 1950, quando o desenvolvimento do trabalho industrial fez surgir a necessidade de contratação de empresas interpostas para prestação de serviços especializados, principalmente na indústria automobilística. Formou-se, ao redor de montadoras multinacionais que chegavam no país, um complexo industrial integrado por uma rede de empresas fornecedoras de autopeças.⁷

Todavia, foi a partir dos anos de 1980 que o movimento terceirizante expandiu-se sistematicamente pelo país, como estratégia de flexibilização produtiva (descentralizar parte dos riscos da produção), sob o influxo de reformas neoliberais⁸ e no contexto da globalização econômica.⁹

Interessante pontuar que a terceirização, fenômeno social em constante crescimento, tornou-se objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, notadamente em torno dos seus limites.

⁷ AMORIM, 2009, p. 33/34.

⁸ “No início da década de 1990 tem-se o ápice do pensamento neoliberal, por assim dizer, repercutindo no Brasil, em um forte processo de terceirização, apesar de a legislação autorizar, apenas, em situações muito adstritas e a Súmula n. 256 do TST vetar o seu uso de forma generalizado.” (NELSON, Rocco A. Rangel Rosso; NELSON, Natasha Rangel Rosso. Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização - violação do mínimo existencial social. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 08, p. 968/979, agosto de 2017.

⁹ AMORIM, 2009, p. 34

A crítica que se fez inicialmente à terceirização refere-se, especialmente, à possível precarização dos direitos trabalhistas, em especial diante da necessidade de se reduzir os custos de produção. Esse argumento parte da premissa de que, tendo a empresa de prestação de serviços, assim como a tomadora dos serviços, finalidade lucrativa, a única forma viável, do ponto de vista econômico, de se manter a margem de lucro de ambas as empresas (prestadora e tomadora de serviço) é com a redução dos direitos dos trabalhadores¹⁰ e menores gastos com treinamento e equipamento de proteção ao trabalho.¹¹

Sobre a temática, destaca Helder Santos Amorim ao tratar da terceirização:

Na rigorosa concorrência interempresarial desencadeada por este mecanismo, o enxugamento dos custos da produção conduz à drástica contenção dos níveis de proteção social deferidos aos trabalhadores dito terceirizados (contratados pelas empresas fornecedoras dos serviços), submetidos a condições de trabalho proporcionalmente menos favoráveis quanto mais o seu trabalho se distancia da empresa principal.¹²

¹⁰ “Só ficava difícil entender como poderia se dar a redução de custos, se a empresa contratada, além de arcar com todos os encargos trabalhistas, ainda terá que visar seu lucro. Na realidade, entendemos que a vantagem para a tomadora consiste em poder se concentrar em sua atividade principal (*core business*), sem se preocupar com atividades acessórias, tais as de limpeza, conservação ou vigilância, por exemplo, incrementando sua eficiência e competitividade no mercado. Mas não reduzindo custo com a terceirização, porque não há como a entrega da atividade a terceiro sair menos custosa, dentro da legalidade, se a contratada é uma empresa que também visa o lucro.” (VASCONCELLOS, Armando Cruz. Nova lei da terceirização: o que mudou? *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 07, p. 810-819, julho de 2017.)

¹¹ No entendimento do Procurador do Trabalho Sebastião Vieira Caixeta, “[...] a prática tem evidenciado, com frequência cada vez mais constrangedora, a ocorrência de efeitos danosos, como o excessivo foco na redução dos custos com a mão de obra; a redução de direitos; a exigência de jornadas excessivas; o descuido com o meio ambiente de trabalho; a dispersão e falta de representatividade sindical; enfim, a precarização do trabalho terceirizado.” (CAIXETA, Sebastião Vieira; MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.), 2015. p. 714.)

¹² AMORIM, 2009, p. 32.

Sob essa lógica argumentativa, parcela considerável da doutrina defende a restrição da terceirização aos serviços especializados da empresa contratante, ou seja, nas atividades denominadas periféricas ou acessórias.

Por outro lado, os defensores da terceirização irrestrita, ou seja, inclusive nos serviços ligados às atividades-fim da empresa, asseveram que essa espécie de contratação fomenta a formação de empresas especializadas em determinados serviços e o conseqüente aumento da produtividade/competitividade, possibilitando que o empregador dispense maiores esforços na melhora do foco principal do seu negócio, além de provocar o aumento dos postos de emprego.

De todo modo, a terceirização tornou-se um fenômeno irreversível nas relações de trabalho, o que fez surgir a necessidade da regulamentação da matéria, sobretudo para definir parâmetros e fixar limites à terceirização.

Diante desse cenário de vazio legislativo, o TST pronunciou-se contrário à terceirização irrestrita, reconhecendo, inicialmente, a legalidade da terceirização nas hipóteses das Leis n. 6.019/1974 e 7.102/1983.

Todavia, somente com a edição das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que promoveram alterações na Lei n. 6.019/1974, verificou-se a regulamentação da contratação de empresas de “prestação de serviços a terceiros” (terceirização), de forma ampla.

Diante dessa nova realidade, cresceu a cizânia doutrinária acerca da validade da cláusula normativa que impõe limites à terceirização, especialmente no que tange à proibição de contratação de empregados terceirizados nas atividades-fim da tomadora.

REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO ANTES DAS LEIS N. 13.429/2017 E 13.467/2017

Conforme salientado no capítulo precedente, até a edição da Lei n. 13.429/2017, em março de 2017, não havia no ordenamento

jurídico brasileiro uma regulamentação em lei acerca da terceirização. A grande inovação, nesse particular, é que as normas então existentes sobre o tema autorizavam a terceirização apenas em situações muito adstritas, enquanto a Lei n. 13.429/2017 trouxe a aplicação ampla do instituto.

Sob tal aspecto, pode-se mencionar como referências incipientes à terceirização as seguintes bases normativas:

- art. 455 da CLT, que trata da responsabilização do empregador principal na hipótese de inadimplemento do subempregador das obrigações decorrentes do contrato de trabalho¹³, sendo a primeira previsão em lei acerca da delegação de serviços secundários¹⁴;

- Decreto-Lei n. 200/1967¹⁵ e a Lei n. 5.645/1970¹⁶, que incentivavam a terceirização (embora não tratada com essa denominação¹⁷) de serviços instrumentais, meramente executivos e operacionais, no âmbito da administração pública federal;

¹³ Art. 455 da CLT: Nos contratos de subempregada responderá o subempregador pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empregador principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregador e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

¹⁴ CORREIA, 2018, p. 576.

¹⁵ Decreto-Lei n. 200/1969. 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 descobrir-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.

¹⁶ Lei n. 5.645/1970, art. 3º, parágrafo único: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 1997).

¹⁷ Merece destaque a recente publicação do Decreto n. 9.507/2018, de 21 de setembro, de 2018, que regulamenta o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei n. 200/1967.

- Lei n. 6.019/1974, que trata especificamente da terceirização, mas relacionada ao contrato de trabalho temporário para substituição transitória de mão de obra permanente ou para atender a necessidades especiais da empresa no tocante à demanda complementar de serviços¹⁸;

- Lei n. 7.102/1983, que autorizou a terceirização de serviços de vigilância bancária, prevendo a obrigatoriedade de que tal serviço seja prestado por empresas especializadas¹⁹;

- Leis n. 8.987/1995²⁰ e 9.472/1997²¹, que tratam do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos no setor elétrico e de telefonia, respectivamente.

Diante do cenário de expansão da terceirização, que se tornou uma realidade social como forma de contratação no âmbito privado no mercado capitalista, e considerando a ausência de legislação específica²², consoante já destacado, o Tribunal Superior do Trabalho tratou de regular a matéria, fixando parâmetros e limites à terceirização de serviços por meio de Enunciados de Súmulas.

É possível traçar, em breve síntese, a seguinte evolução histórica no entendimento jurisprudencial no âmbito do TST.

¹⁸ Lei n. 6.019/1974. [...] Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

¹⁹ Lei n. 7.102/1983. Art. 1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei.

²⁰ Lei n. 8.987/1995. [...] Art. 25. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

²¹ Lei n. 9.472/1997, Art. 94: [...] II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

²² Sobre a temática, esclarece Mauricio Godinho: “[...] o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em

Nos anos de 1980, o TST editou, inicialmente, o Enunciado 256²³, que restringiu francamente a terceirização, permitindo-a somente nos casos de serviços de vigilância (Lei n. 7.102/1983) e trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974). Fora dessas hipóteses, a terceirização seria considerada ilícita, o que geraria, via de consequência, o estabelecimento de vínculo empregatício clássico diretamente com a empresa tomadora de serviços.

Observa-se que as exceções consubstanciadas no art. 10 do Decreto-Lei n. 200/1967 e na Lei n. 5.645/1970, aplicável no âmbito da administração pública federal, não constaram das hipóteses trazidas pela citada súmula. Essa e outras circunstâncias, como os crescentes debates jurídicos que envolviam a aplicação desse entendimento jurisprudencial, conduziram, anos depois, à revisão do referido verbete sumular.

Em tal contexto, em 1994, em substituição ao Enunciado 256, o TST editou a Súmula 331²⁴, acrescentando às hipóteses já previstas no Enunciado 256 os serviços de conservação e limpeza, além de

boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica.” (DELGADO, 2014, p. 454/455).

²³ Súmula n. 256 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 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 (Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986.)

²⁴ [...]. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 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 (Redação original (revisão da Súmula n. 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994.)

considerar lícita a terceirização praticada em todo e quaisquer serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa contratante, quando inexistentes a subordinação direta e a pessoalidade.

Já no ano de 2000, em interpretação ao disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/1993, o TST deu nova redação ao item IV da Súmula 331 do TST²⁵, estendendo a responsabilidade subsidiária aos órgãos da administração pública direta e indireta.

Interessante pontuar que, em 2010, a SDI-I do TST editou a OJ n. 383²⁶, preconizando, por aplicação analógica da alínea “a” do art. 12 da Lei n. 6.019/1974, a isonomia entre os terceirizados e empregados da empresa tomadora de serviços na Administração Pública, desde que presente a igualdade de funções. Destaca-se que tal orientação jurisprudencial veda o estabelecimento de vínculo de emprego diretamente com a Administração Pública, ante o comando proibitivo de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, constante do art. 37, II e § 2º, da CRFB/88.

Com o intuito de promover a adequação da redação da Súmula 331 do TST²⁷ à decisão do STF na Ação Declaratória de

²⁵ Súmula n. 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993) (Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000).

²⁶ OJ 383 da SDI-I do TST: TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 03.01.1974 (Redação original - DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010).

²⁷ Súmula n. 331: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde

Constitucionalidade n. 16-DF²⁸, em 2011, o TST deu nova redação ao referido verbete, afastando a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de terceirização.

Entre as alterações promovidas, destaca-se a inclusão da necessidade, para responsabilidade subsidiária da Administração Pública, de se provar a culpa em relação à ausência de fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço. Em outras palavras, estabeleceu-se a vedação à responsabilização automática (*ipso facto*) da Administração Pública, ou seja, a responsabilização decorrente da simples inadimplência de verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.²⁹

Nessa ordem de ideias, uma análise acurada da Súmula 331 do TST permite concluir que, consoante esse entendimento jurisprudencial, a terceirização somente será considerada lícita, caso envolva serviços especializados da empresa, ligados à atividades-meio.

que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, 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. (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.)

²⁸ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16-DF, que declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993. Rel. Ministro Cezar Peluso, prolatada em 24 de nov. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 21 jan. 2019.

²⁹ Em 30 de março de 2017, em sede de repercussão geral, o plenário do STF julgou o RE 760.931-DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, fixando a seguinte tese: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.” (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário 760.931-DF, Rel. Ministro Rosa Weber, prolatada em 30 de março 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em: 21 de jan. 2019.)

No entendimento de Mauricio Godinho,

[...] esse grupo envolve atividades 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.³⁰

Noutras palavras, são atividades meramente instrumentais ou acessórias ao objeto social da empresa tomadora de serviços.

Noutro viés, atividades-fim são definidas por Mauricio Godinho como as

[...] funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.³¹

Percebe-se, ainda, que, segundo a Súmula 331 do TST, ressalvada a hipótese da Lei n. 6.019/1974³², a licitude da terceirização exige a ausência de pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços, na medida em que esta contrata serviços, e não pessoas. É a empresa intermediadora, que, na condição de empregadora, deve deter o poder de direção sobre os serviços prestados.

Também merece registro o fato de que, na hipótese de ilicitude da terceirização, o vínculo de emprego se desfaz com a empresa terceirizante, formando-se diretamente com a empresa contratante, com a conseqüente responsabilidade solidária desta em relação às verbas trabalhistas não quitadas pela empresa

³⁰ DELGADO, 2014, p. 468.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² “O trabalho temporário (Lei 6.019) diz respeito, desse modo, à única situação de terceirização lícita em que se permite a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços.” *Idem, ibidem*, p. 469.

fornecedora de mão de obra. Noutra vertente, válida a relação jurídica trilateral formada, mantém-se intacto o vínculo jurídico estabelecido com a empresa de prestação de serviços, havendo, nessa hipótese, como regra, apenas a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELAS LEIS N. 13.429/2017 E 13.467/2017 À TERCEIRIZAÇÃO

A Lei n. 13.429/2017, que promoveu alterações na Lei n. 6.019/2017, além de inovar o sistema jurídico brasileiro ao acrescentar artigos que tratam das relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (terceirização)³³, alargou as hipóteses de cabimento do regime de trabalho temporário.

Nesse ponto, alguns doutrinadores fazem distinção entre a terceirização e a mera intermediação de mão de obra. Para os que adotam essa diferenciação, a Lei n. 6.019/1974 passou a regulamentar os dois institutos, de forma distinta.

Enquanto, na mera intermediação de mão de obra a terceiros, a empresa prestadora de serviços possibilita que um trabalhador temporário preste serviços em outra empresa, denominada tomadora, na terceirização, há transferência de um serviço ou atividade de uma empresa a outra, ou seja, não se busca apenas um trabalhador para, por exemplo, substituir outro que está afastado das suas atividades por qualquer motivo. Isso porque, na terceirização, a empresa de prestação de serviços atua no setor delegado com seus próprios empregados.³⁴

³³ “[...] foi introduzida, pela primeira vez na lei brasileira, um sistema de regulamentação geral da contratação permanente (ou não) de empresas prestadoras de serviços terceirizados (EPS), determinados e específicos. Esta última figura é a responsável por 90% dos casos de terceirização no país, uma vez que não tem limite de prazo e suas hipóteses de cabimento são mais amplas do que aquelas previstas no contrato temporário.” (SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A nova lei geral de terceirização do trabalho no Brasil. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 05, p. 542-552, maio de 2017.)

³⁴ CORREIA, 2018, p. 577.

Registre-se que, embora a Lei n. 13.429/2017, ao regulamentar a terceirização, tenha conferido maior segurança jurídica e estabilidade tanto aos empregados quanto aos empregadores, essa norma recebeu críticas em razão das omissões deixadas em diversos pontos centrais.

Notadamente quanto à permissão efetiva da terceirização na atividade-fim ou principal da tomadora, não havia na referida lei expressa menção a tal possibilidade, circunstância que continuava a causar insegurança jurídica quanto a esse ponto.

Nesse particular, saliente-se que o legislador, ao tratar da autorização para a terceirização, valeu-se do termo “serviços determinados e específicos”.³⁵

Em tal contexto, alguns se posicionaram a favor da possibilidade de terceirização irrestrita, em quaisquer atividades, tendo em vista não ter o legislador restringido os serviços passíveis de terceirização apenas à atividade-meio da empresa e, sobretudo, em razão dos debates que antecederam a votação do projeto de lei relacionado.³⁶

Noutra vertente, corrente em sentido diametralmente oposto argumentou pela manutenção do sistema então vigente, que não autorizava a terceirização na atividade finalística da empresa, na medida em que a Lei n. 13.429/2017 não o fez expressamente. No

³⁵ Lei n. 6.019/1974. 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. Lei 6.019/1974. Art. 5º-A: Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

³⁶ “Assim, ainda que contido no seu próprio objeto social, pode a tomadora de serviços terceirizar atividade especializada - serviços determinados e específicos -, conceito este tanto ou mais complexo que a polêmica distinção entre atividades-meio e fim. Inegável, portanto, que o texto introduzido pela Lei 13.429/2017 buscou superar o disposto no item I da Súmula n. 331 do C. TST. A intenção do legislador foi afastar a configuração do liame de emprego direto entre a tomadora e o trabalhador como consequência jurídica para a hipótese de inobservância em concreto da especialidade dos serviços terceirizados, preferindo a aplicação de sanções administrativas.” (BELMONTE, Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra; BELMONTE, Viviana R. Moraya Agra. Aspectos Jurídicos da Lei 6.019/1974 - trabalho temporário e terceirização - após a “Lei da Terceirização” (Lei n. 13.429/2017) e a “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017). *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 11, p. 1.312-1.321, novembro de 2017.

mais, a terceirização, como forma excepcional de contratação de trabalho subordinado, deve ser interpretada restritivamente.

Diante desse cenário, pouco mais de três meses da publicação da Lei n. 13.429/2017, em 13.07.2017, foi promulgada a Lei n. 13.467/2017 - Reforma Trabalhista, que modificou a redação dos artigos 4º-A e 5º-A da Lei n. 6.019/1974³⁷, para fazer constar, expressamente, a autorização para terceirização em todas as atividades empresariais, inclusive nas atividades finalísticas.

Como se percebe, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 à Lei n. 6.019/1974, não restam mais dúvidas quanto à autorização para contratação de serviços terceirizados na atividade principal da tomadora.

Partindo dessa premissa, Henrique Correia leciona que, após as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista para que a terceirização seja lícita, é necessário que contratante e empresa de prestação de serviços observem dois requisitos, quais sejam, capacidade econômica da empresa prestadora de serviços compatível com a sua execução (novo requisito trazido pela Lei n. 13.467/2017) e ausência de pessoalidade e subordinação.³⁸ Na proposição do Autor, se esses requisitos não forem respeitados, a fraude na terceirização será declarada, com fundamento no princípio da primazia da realidade e no art. 9º da CLT.³⁹

Embora não seja objeto do presente estudo, interessante mencionar a existência de cizânia doutrinária em relação à constitucionalidade da permissão da terceirização nos serviços finalísticos da empresa.

³⁷ Art. 4º-A da Lei n. 6.019/74: "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 da Lei n. 6.019/74: "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."

³⁸ CORREIA, 2018, p. 583/584.

³⁹ Art. 9º da CLT: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

A corrente que advoga a tese de inconstitucionalidade dessa previsão fundamenta-se, principalmente, na possível precarização das relações de trabalho, pois, consoante já ressaltado em tópico precedente, para assegurar lucro às empresas (empresa de prestação de serviços a terceiros e empresa contratante), a consequência lógica é a redução dos direitos dos trabalhadores, o que inclui o salário.⁴⁰

Já a tese contrária assevera que não haverá precarização da relação de trabalho. Sob essa lógica argumentativa, no julgamento da ADPF n. 324 e do Recurso Extraordinário em repercussão geral n. 958.252, realizado pelo STF em 30 de agosto de 2018, prevaleceu a tese que versava sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades da empresa.

A Suprema Corte, por maioria de 7 votos contra 4, julgou lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim.

Do julgamento do Recurso Extraordinário n. 958.252, firmou-se 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.⁴¹

Percebe-se que o STF, de certa forma, validou a modificação realizada pela Reforma Trabalhista.

No entendimento da Suprema Corte, a possibilidade de terceirização na atividade-fim da empresa é medida capaz de estimular o aumento do número de postos de trabalho, além de haver redução do custo final do produto ao consumidor, circunstância que ajudaria no crescimento da economia.⁴²

⁴⁰ CORREIA, 2018, p. 585.

⁴¹ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário 958.252. Rel. Ministro Luiz Fux, prolatada em 30 de agosto 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 25 jan. 2019.

⁴² CORREIA, Henrique. Terceirização na atividade-fim: julgamento do STF de 30 de agosto de 2018. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 82, n. 09, p. 1.040-1.045, maio de 2018.

Destaca-se, ainda, que a Lei n. 6.019/1974 passou a prever expressamente que, caso a empresa de prestação de serviços, real empregadora, não efetue o pagamento dos direitos trabalhistas dos seus empregados, a empresa contratante responderá de forma subsidiária.⁴³

Vale lembrar que, de acordo com o entendimento jurisprudencial dominante no TST, para que a tomadora de serviços seja obrigada a pagar os débitos não quitados pela empregadora, é necessário que tenha participado do processo no qual se reconheceu a existência do referido débito, de modo a se garantir o exercício efetivo do contraditório e a ampla defesa (nesse sentido, a Súmula 331 do TST).

LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA E PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Em um contexto de pluralismo jurídico, que reconhece e legitima a existência de diversas fontes de produção normativa, a CRFB/1988 elevou a direito fundamental do trabalhador o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI do art. 5º da CRFB/1988). De igual maneira, diplomas internacionais, como as Convenções 98 e 154 da OIT, consagram a valorização da negociação coletiva.

Nessa perspectiva, a negociação coletiva apresenta-se como uma forma autocompositiva de solução de conflitos coletivos de trabalho, por meio da qual os entes coletivos (sindicato profissional, sindicato econômico ou empresa) criam normas gerais e abstratas para regular as relações individuais de trabalho, objetivando atender às necessidades e peculiaridades dos trabalhadores e empregadores, de acordo com a realidade social dos entes envolvidos.

⁴³ Art. 5º da Lei n. 6.019/74: “§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Destaca-se que a CLT traz como formas de instrumentalização da negociação coletiva as Convenções Coletivas de Trabalho (CCTs) e os Acordos Coletivos de Trabalho (ACTs - arts. 611 a 625 da CLT), que se assemelham por serem fontes autônomas do Direito do Trabalho, mas se diferenciam quanto às partes convenientes (o ACT é firmado diretamente com a empresa, enquanto a CCT é celebrada com o sindicato da categoria econômica, ambos estabelecidos com o sindicato da categoria profissional) e a abrangência (enquanto o ACT tem abrangência limitada à empresa/empresas pactuantes, a CCT aplica-se a toda a categoria).

Releva assinar que, entre os princípios informadores da negociação coletiva, destaca-se o princípio da criatividade jurídica, que traduz a capacidade dos instrumentos normativos de criar normas jurídicas para reger as relações individuais de trabalho.

Sobre a temática, Mauricio Godinho sustenta que a

[...] criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas.⁴⁴

Em matéria de limites à negociação coletiva, ou seja, fixação de critérios de harmonização entre as normas coletivas e as normas jurídicas oriundas da legislação heterônoma estatal, em consonância com o princípio da proteção e sua tríplice vertente (*in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica - *caput* do art. 7º da CR/1988), a doutrina e jurisprudência trabalhistas consagraram o princípio da adequação setorial negociada.

De acordo com esse princípio, as normas autônomas juscoletivas somente prevalecerão validamente sobre as normas heterônomas trabalhistas quando estabelecerem um padrão

⁴⁴ DELGADO, 2014, p. 1.385.

setorial de direitos superior àquele previsto na norma estatal e quando se referirem a normas de indisponibilidade relativa⁴⁵ (em contraposição às normas de indisponibilidade absoluta).

Segundo essa tese argumentativa, a criatividade jurídica coletiva não prevalece mediante ato de mera renúncia (despojamento unilateral de um direito sem contrapartida da parte adversa), tampouco pode transacionar normas de indisponibilidade absoluta⁴⁶ (normas constitucionais, normas consagradas nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja parte e as normas infraconstitucionais que assegurem patamares de cidadania ao indivíduo, como saúde e segurança do trabalho, identificação profissional etc.).⁴⁷

Há quem sustente, ainda, que as normas coletivas não poderão fixar condições de trabalho menos favoráveis do que as já consagradas na legislação heterônoma.

Cumprido destacar, todavia, que a própria Constituição Federal prestigia a autonomia privada coletiva ao admitir, em algumas hipóteses expressamente previstas, a relativização de direitos por meio da negociação coletiva (art. 7º, VI, XIII e XIV).⁴⁸

⁴⁵ “Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato etc.), quer pela existência de expresse permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, da CR/1988; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/1988).” (*Idem, ibidem*, p. 1.388.)

⁴⁶ “Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um **patamar civilizatório mínimo** que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização adequada deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/1988).” (*Idem, ibidem*, p. 1.389.)

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 1.388/1.389.

⁴⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; [...].”

Sob tal prisma, o STF, conferindo especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do Direito Coletivo, em repercussão geral, julgou válida cláusula de quitação ampla e irrestrita de todas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, constante em Plano de Dispensa Incentivada, quando aprovado em acordo coletivo. Em outras palavras, a Corte Suprema fortaleceu, mesmo antes da Reforma Trabalhista, a ideia de prevalência do negociado sobre o legislado.⁴⁹

No entendimento da Suprema Corte, a Constituição de 1988 prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando uma tendência mundial crescente de reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada nas Convenções 98 e 154 da OIT.

No tocante ao tema, vale lembrar que a Lei n. 13.467/17 inseriu os artigos 611-A⁵⁰ e 611-B⁵¹ à CLT, que trazem, respectivamente, as matérias em que a negociação coletiva será permitida (prevalência

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, 30.04.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2629027&numeroProcesso=590415&classeProcesso=RE&numeroTema=152>. Acesso em: 25 jan. 2019.

⁵⁰ “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.”

⁵¹ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência

do negociado sobre o legislado) e as hipóteses sobre as quais é vedado às partes transacionar por meio de norma coletiva.

Relevante pontuar, ainda, no que diz respeito à prevalência do negociado sobre o legislado, que se firmaram três principais correntes acerca da matéria.⁵²

Para a primeira, a negociação coletiva não tem autorização para afastar direitos trabalhistas em prejuízo ao trabalhador.

Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.”

⁵² SANTOS, Enoque Ribeiro dos Santos. Supremacia do negociado em face ao legislado - as duas faces da nova CLT. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 82, n. 05, p. 547-557, maio de 2018.

Essa corrente fundamenta-se, principalmente, numa das vertentes do princípio da proteção, que preconiza a aplicação do tratamento mais favorável ao trabalhador. De igual maneira, argumenta que os direitos trabalhistas, dispostos no art. 7º da CR/1988, constituem direitos humanos fundamentais, de modo que nem mesmo a negociação coletiva pode legitimamente deles dispor, sob pena de ofensa direta aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Por outro lado, uma segunda tese sinaliza que a negociação coletiva deve ter flexibilidade suficiente para mudar condições contratuais ou até mesmo derrogar cláusulas, já que vantagens coletivamente obtidas que resultam em benefícios individuais não afastam a natureza jurídica da norma produzida de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada. Essa doutrina admite, portanto, que convenção coletiva realize modificações *in pejus*, com supressão ou modificação de determinados benefícios, tendo em vista tratar-se da manifestação de vontade do grupo (prevalência da autonomia privada coletiva).

Por sua vez, uma terceira corrente, denominada de intermediária, assevera que a negociação coletiva em prejuízo do trabalhador somente seria admitida em situações excepcionais, jamais como regra. De acordo com esse entendimento, as cláusulas que se repetem a cada ano na norma coletiva devem ser incorporadas aos contratos individuais de trabalho, se previsto expressamente no instrumento coletivo. Lado outro, as cláusulas inovadoras, ou seja, aquelas que a cada ano se alteram a depender das peculiaridades existentes no momento da sua elaboração, não devem ser incorporadas ao contrato individual do trabalho.

Registre-se, por fim, que, após a Reforma Trabalhista, passou-se a afirmar que a negociação coletiva encontra limites, basicamente, nas normas constitucionais e no art. 611-B da CLT (cláusula de barreira ou contenção), já que a lei não traz qualquer impedimento à fixação de normas menos favoráveis aos trabalhadores.

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO RESTRINGIR A TERCEIRIZAÇÃO

Notadamente em razão da recente alteração legislativa trazida pela Lei n. 13.467/2017, que, conforme já salientado em tópico precedente, inseriu novas alterações na Lei n. 6.019/1974, para autorizar, expressamente, a terceirização em todas as atividades empresariais, ganhou relevância a discussão que envolve a validade, ou não, de cláusula normativa que impõe limites à terceirização, especialmente no que tange à proibição de contratação de empregados terceirizados na atividade principal da empresa.

Recentemente o TST analisou a questão, sob o enfoque, especificamente, de cláusulas constantes em convenções coletivas de trabalho firmadas entre os sindicatos profissional e patronal de condomínios. As referidas cláusulas proibiam a contratação de empregados terceirizados para execução das funções que constituem atividades-fim dos condomínios residenciais, tais como zelador, garagista, porteiro, vigia, faxineiro, trabalhador de serviços gerais.

Demonstrando a divergência que existe na jurisprudência a respeito da matéria, em curto lapso temporal, a Seção de Dissídios Coletivos do TST proferiu duas decisões em sentidos diametralmente opostos (constantes dos Informativos 174⁵³ e

⁵³ Informativo 174 do TST: “Ação anulatória. Cláusula convencional que proíbe os condomínios de contratarem empregados terceirizados. Nulidade. Ofensa ao princípio constitucional da livre concorrência. A SDC, por unanimidade, conheceu de recurso ordinário e, no mérito, por maioria, deu-lhe provimento para declarar a nulidade de cláusulas de convenções coletivas de trabalho que proíbem aos condomínios residenciais e comerciais a contratação de mão de obra terceirizada para a execução de serviços definidos pelas partes como atividade-fim. Na espécie, prevaleceu o entendimento de que as referidas cláusulas, ao impedir que as atividades de zelador, de porteiro, de vigilante e de serviços gerais, entre outras, sejam executadas por empresas terceirizadas, além de afastar o permissivo da Súmula n. 331 do TST, limitaram a iniciativa empresarial para a consecução de objetivo considerado regular e lícito, em desacordo, portanto, com o princípio da livre concorrência consagrado no art. 170, IV, e parágrafo único, da CF. Vencidos os Ministros Mauricio Godinho Delgado, Kátia Magalhães Arruda, Maria de Assis Calsing e Fernando Eizo Ono.” TST-RO-121-39.2014.5.10.0000, SDC, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, red. p/acórdão Min. Dora Maria da Costa, 12.03.2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128389/2018_informativo_tst_cjur_n0174.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jan. 2019.

180⁵⁴ do TST).

No primeiro processo julgado pela SDC (Recurso Ordinário n. 121-39.2014.5.10.0000, que possui como um dos integrantes do polo ativo da demanda o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação e de Outros Serviços Similares Terceirizáveis do Estado do Tocantins - SEAC-TO), em 12.03.2018, de relatoria da Ministra Dora Maria Costa, prevaleceu tese a favor da

[...] nulidade de cláusulas de convenções coletivas de trabalho que proíbem aos condomínios residenciais e comerciais a contratação de mão de obra terceirizada para a execução de serviços definidos pelas partes como atividade-fim.

Para a relatora, Ministra Dora Maria da Costa, tais cláusulas representam

[...] ingerência evidente na esfera de atuação dos Sindicatos autores, implicando em restrição de mercado e atingindo a

⁵⁴ Informativo 180 do TST: “Ação anulatória. Cláusula convencional que proíbe os condomínios de contratarem empregados terceirizados. Validade. Princípio da adequação setorial negociada. São válidas cláusulas de termo aditivo de convenção coletiva de trabalho que proíbem aos condomínios residenciais e comerciais a contratação de mão de obra terceirizada para a execução de serviços definidos pelas partes como atividade-fim (zelador, garagista, porteiro, trabalhador de serviços gerais e faxineiro). Na espécie, registrou-se que as normas firmadas pelos convenientes apenas vedam a utilização de empresas interpostas nos serviços de limpeza, portaria etc., sem adentrar na questão da validade ou não da terceirização das referidas atividades. Ademais, pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas, oriundas de negociações entre as categorias profissional e patronal, prevalecem sobre as regras estatais de proteção ao trabalho, desde que não avancem sobre direitos de indisponibilidade absoluta. De outra sorte, não há falar em ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa, pois a opção dos convenientes tem aplicação restrita às categorias representadas, sem imposição direta a terceiros. Sob esses fundamentos, a SDC, por maioria, conheceu dos recursos ordinários e, no mérito, negou-lhes provimento para manter a decisão do Tribunal Regional que julgara improcedente a ação anulatória. Vencidos os Ministros Emmanoel Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga, Ives Gandra Martins Filho e Dora Maria da Costa.” TST-RO-332-46.2012.5.10.0000, SDC, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 11.06.2018. (*Cf., em sentido contrário, Informativo TST n. 174). Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/139409/2018informativo_tst_cjur_n0180.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jan. 2019.

livre iniciativa empresarial para a consecução de um objetivo considerado regular e lícito, podendo até interferir na própria sobrevivência das empresas.⁵⁵

Após o transcurso de apenas três meses da primeira decisão, em 11.06.2018, a SDC, no julgamento do Recurso Ordinário n. 332-46.2012.5.10.0000 (que possui como um dos integrantes do polo ativo da demanda o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal - SEAC), adotando entendimento divergente, considerou que

[...] são válidas cláusulas de termo aditivo de convenção coletiva de trabalho que proíbem aos condomínios residenciais e comerciais a contratação de mão de obra terceirizada para a execução de serviços definidos pelas partes como atividade-fim.

De acordo com a Relatora desse segundo processo, Ministra Kátia Arruda, a validade das referidas cláusulas fundamenta-se no fato de terem sido “estabelecidas livremente” pelas partes, atingindo, portanto, “[...] somente os interesses das categorias, no âmbito das bases territoriais dos convenientes.” Concluiu a Ministra que a

[...] intervenção judicial, para declarar a nulidade das normas convencionadas, apenas se justifica quando se verifica no instrumento negociado alguma violação do ordenamento jurídico vigente, o que não é o caso dos autos.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, *Recurso Ordinário* n. 121-39.2014.5.10.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, red. p/ acórdão Min. Dora Maria da Costa, 12.03.2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/-consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=121&digitoTst=39&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em: 25 jan. 2019.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, *Recurso Ordinário* n. 332-46.2012.5.10.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, Brasília, DF, 11 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/07/b3f7ef5b42e338f973cecd19b33810f1.pdf?-x48657>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Outra premissa utilizada pela SDC na decisão que conferiu validade à cláusula em comento foi a de salvaguarda da segurança dos moradores, na medida em que, ao se evitar a rotatividade de empregados, torna-se possível uma relação mais próxima e de maior confiança entre os moradores e os empregados do condomínio. Nesse sentido, ficou consignado no citado julgamento:

No caso, as normas impugnadas têm aplicação apenas para regular o trabalho prestado no âmbito dos condomínios residenciais; nesse cenário, ao afastar a terceirização, os condomínios avaliaram e optaram por evitar a rotatividade dos empregados, possibilitando uma relação mais próxima e de maior confiança entre moradores e trabalhadores do condomínio, o que, evidentemente, resulta na maior segurança dos moradores e demais usuários, com redução do quadro de empregados e, por conseguinte, dos encargos trabalhistas e sociais, que, ao final, gera redução dos custos com contratação e treinamento de pessoal.

Como se vê, há divisão patente na jurisprudência quanto ao tema ora analisado.

Entre os fundamentos apresentados por aqueles que defendem a invalidade da cláusula normativa que proíbe a contratação de empregados terceirizados, alguns merecem destaque.

O primeiro argumento a ser ressaltado é o de que, embora a negociação coletiva reflita a manifestação da vontade privada coletiva, não se pode permitir que os seus efeitos ultrapassem o âmbito das respectivas atividades econômica e profissional, atingindo interesses e peculiaridades relacionados à própria atividade empresarial. Isso porque, nesse caso, haveria interferência da norma coletiva na gestão da empresa, já que se estabelece um padrão que pode não atender a todas as empresas integrantes da categoria econômica alcançada pela norma.⁵⁷

⁵⁷ JOÃO, Paulo Sérgio. *Limites das negociações coletivas e a terceirização trabalhista*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58196/limites-das-negociacoes-coletivas-e-a-terceirizacao-trabalhista>. Acesso em: 25 jan. 2019.

Além disso, alega-se que a negociação coletiva alcançaria diretamente a vontade individual de terceiros não participantes da negociação, extrapolando o princípio da autonomia privada coletiva, além de violar princípios da ordem econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência.⁵⁸ É o que ocorre, por exemplo, com as empresas de prestação de serviços a terceiros que ficam impedidas de exercerem atividade econômica nos serviços elencados na cláusula proibitiva perante as empresas pertencentes à categoria abrangida pela norma.

Também rechaça a declaração de validade da cláusula em comento a afirmação de que o modelo de organização sindical por meio de categoria profissional ou econômica não é o mais adequado para a solução em conjunto dos interesses, tanto profissionais como econômicos, porque deixa de atender às necessidades nos próprios locais de trabalho.⁵⁹

Porém, não obstante tais ponderações em favor da invalidade da cláusula ora analisada, considerando a atual tendência de prevalência do negociado sobre o legislado, um dos principais vetores da Reforma Trabalhista e tese firmada, sobretudo, na Suprema Corte, é possível concluir que a melhor linha a ser seguida é aquela que adota entendimento em sentido diverso.

Isso porque no Direito Coletivo não existe a assimetria normalmente encontrada nas relações individuais de trabalho.

⁵⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

⁵⁹ JOÃO, Paulo Sérgio. *Limites das negociações coletivas e a terceirização trabalhista*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58196/limites-das-negociacoes-coletivas-e-a-terceirizacao-trabalhista>. Acesso em: 25 jan. 2019.

Aplica-se à espécie o princípio da equivalência dos entes contratantes, uma vez que a negociação coletiva é realizada entre entes coletivos juridicamente equivalentes.

Sob essa lógica argumentativa, destaca-se que a Constituição elevou a *status* de direito fundamental o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho⁶⁰ como forma democrática de composição de litígios coletivos (incisos I e XXVI do art. 7º da CRFB/1988⁶¹).

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Ordinário interposto à Ação Anulatória n. 3434-13.2011.5.10.0000, registrou a relatora, Min. Dora Maria da Costa⁶²:

Na inteligência do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, os acordos e as convenções coletivas de trabalho devem ser reconhecidos e respeitados, na medida em que o produto resultante do êxito de uma negociação é a forma mais justa, democrática e eficiente de compor os interesses opostos de empregadores e trabalhadores. Também é certo que, a

⁶⁰ “Assim, pelo que se pode observar, trata-se de eficácia plena a classificação do inciso XXVI do art. 7º da Constituição, pois seu dispositivo constitucional traz um comando autossuficiente para alcançar a efetividade de sua finalidade jurídico-fundamental, que é a de estabelecer e garantir o direito fundamental dos trabalhadores de haver reconhecidas as condições de trabalho validamente negociadas coletivamente e formalizadas nos instrumentos da CCT e ACT.” (CIOFFI, Leandro. A não supressão plena do critério de prevalência das condições mais benéficas ao trabalhador nas negociações coletivas de trabalho a partir da reforma trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 82, n. 11, p. 1.325-1.337, novembro de 2018.)

⁶¹ Constituição Federal. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; BRASIL. Constituição (1988).” (*Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2019.)

⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, *Recurso Ordinário* n. 3434-13.2011.5.10.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 15.05.2017. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionId=AE5373FBD44B126FF399ED4845CBDD0F.vm152?conscsjt=&numeroTst=3434&digitoTst=13&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0000&consulta=Consultar>. Acesso em: 29 jan. 2019.

teor do art. 611 da CLT, as entidades sindicais que representam os segmentos econômico e profissional gozam de autonomia na fixação de normas e de condições aplicáveis à relação de trabalho, as quais atingem a esfera dos direitos ou dos interesses pertinentes aos contratos individuais de trabalho.

Acresça-se que não se pode negar que o sindicato profissional atua na tutela dos interesses dos empregados pertencentes à categoria que representa. Resta evidente que, ao se conferir validade à cláusula que veda a contratação de empregados terceirizados, notadamente na atividade finalística da empresa, permite-se que a negociação coletiva seja utilizada como instrumento de proteção aos trabalhadores⁶³, em perfeita harmonia com princípios basilares do Direito do Trabalho, como o da proteção e o da continuidade da relação de emprego.

Ademais, apresentando-se a terceirização como exceção ao modelo clássico bilateral de contratação de trabalho subordinado, deve ser acompanhada de limites, de modo a não se permitir que ocorra a precarização das relações de trabalho.

Acerca da temática, esclarece Mauricio Godinho Delgado:

Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional.⁶⁴

⁶³ Sebastião Vieira Caixeta, ao se referir à pesquisa divulgada com dados a respeito dos impactos da terceirização na relação de trabalho no Brasil, conclui: “Esses estudos, corroborados por vários outros, evidenciam que os trabalhadores terceirizados, apesar de terem níveis de escolaridade semelhantes aos dos empregados diretos, ganham menos, trabalham mais, têm menos direitos e, principalmente, adoecem e morrem mais, sendo muito mais sujeitos a acidentes de trabalho.” (CAIXETA, 2015; MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.), p. 715.

⁶⁴ DELGADO, 2014, p. 463.

Nesse particular, pondera Helder Santos Amorim:

É de amplo conhecimento científico que a terceirização reduz a eficácia do regime constitucional de emprego socialmente protegido, ensejando a criação de um “regime paralelo de emprego rarefeito”, de baixa densidade protetiva, com aspecto de subemprego.

O regime paralelo de emprego rarefeito, no âmbito da terceirização, é aquele que, apesar da roupagem formal, mediante registro e observância esquemática de direitos trabalhistas, padece de déficit de efetividade normativa, por uma intensidade e por uma qualidade protetiva muito inferior ao padrão constitucionalmente assegurado às relações de emprego diretas, firmadas entre o obreiro e o tomador de serviços.⁶⁵

Sob tal enfoque, no âmbito internacional, a Declaração da Filadélfia, no intuito de reafirmar os objetivos tradicionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho previstos na Constituição da República, estabelece que “o trabalho não é uma mercadoria”.⁶⁶

Releva assinalar, ainda, que, ao proibir a terceirização em determinado serviço, a norma coletiva não ultrapassa os limites das respectivas bases de representatividade das partes convenentes, já que tem sua aplicação restrita às categorias representadas, sem imposição direta a terceiros.

Em tal contexto, conclui-se que, *a priori*, a cláusula normativa que proíbe a terceirização não infringe os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que, a despeito de o ordenamento permitir a terceirização na atividade-fim, é lícito às partes optarem por não realizar esse tipo de contratação, sem que isso represente ingerência indevida na gestão empresarial.

⁶⁵ AMORIM, Helder Santos. A terceirização na reforma trabalhista. *Rev. TST*. São Paulo, vol. 83, n. 04, out./dez. 2017. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20TST%20v%2083%20n%204%202017/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20na%20reforma%20trabalhista,%20A.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁶⁶ Organização Internacional do Trabalho. *Declaração de Filadélfia, 1944*. Disponível em: <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Nesse particular, cumpre transcrever trecho da decisão do TST no julgamento do Recurso Ordinário interposto à Ação Anulatória n. 116000-32.2009.5.15.0000 (Rel. Min. Márcio Eurico, DEJT de 05.10.2012):

Com efeito, o princípio da livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição Federal, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Nesse contexto, não se viola o princípio da livre iniciativa ao optarem entre si, e não imporem a terceiros, por determinada modalidade legal de prestação de serviços.⁶⁷

Na mesma decisão, acrescenta o relator, Min. Márcio Eurico:

A invocação de lesão à livre concorrência apenas se justifica no âmbito da concorrência, ou seja, se a norma beneficia um concorrente em detrimento de outro. Tal argumento não pode se contrapor aos interesses vinculados à relação de trabalho. Não se cogita, pois, de violação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pilares fundamentais da República, que têm por instrumentos a busca da livre concorrência e do pleno emprego, conforme realçado nos artigos 1º, IV, e 170, *caput*, e IV e VIII, da Constituição Federal.

No mais, a cláusula em comento não viola o ordenamento jurídico vigente, de modo a fundamentar sua invalidade, além de seu objeto não ultrapassar os limites estabelecidos para a autocomposição pelas partes.

Por fim, repisa-se que a proibição de contratação de empregados terceirizados na atividade-fim da tomadora possibilita que a negociação coletiva seja utilizada como instrumento de proteção aos trabalhadores, em plena harmonia com as normas

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, *Recurso Ordinário* n. 116000-32.2009.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Rel. Min. Márcio Eurico, 05.10.2012. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conschsjt=&numeroTst=116000&digitoTst=32&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0000>. Acesso em: 29 jan. 2019.

constitucionais aplicáveis, sobretudo com o princípio constitucional da progressividade de direitos (*caput* do art. 7º da CRFB/1988).⁶⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário de expansão da terceirização, que se tornou uma realidade social como forma de contratação no âmbito privado no mercado capitalista, surgiu a necessidade da regulamentação da matéria, principalmente para definir parâmetros e fixar limites à terceirização.

Todavia, o que se verificava antes do advento das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 era um vazio legislativo no que tange ao tema, sendo a matéria regulada na Súmula 331 do TST.

Nesse contexto, em março de 2017, foi promulgada a Lei n. 13.429/2017, que, ao alterar e inserir novos dispositivos na Lei n. 6.019/1974, trouxe a primeira disciplina legal sobre a terceirização.

Posteriormente, a Lei n. 13.467/2017 - Reforma Trabalhista, promoveu novas alterações na Lei n. 6.019/1974, especialmente em relação à “prestação de serviços a terceiros”, para autorizar expressamente a contratação de serviços em todas as atividades empresariais, inclusive na atividade finalística da tomadora.

Diante da referida alteração legislativa, e considerando tendência atual de valorização da negociação coletiva (prestigiando a autonomia privada coletiva), referendada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento com repercussão geral, cresceu a divergência doutrinária acerca da validade da cláusula normativa que impõe limites à terceirização, especialmente no que tange à proibição de contratação de empregados terceirizados nas atividades-fim da tomadora.

Sobre a temática, conclui-se, *a priori*, ser válida a cláusula normativa que proíbe a contratação de empregados terceirizados, tendo em vista que, a despeito de o ordenamento permitir a terceirização, inclusive na atividade-fim, é lícito às partes optarem por não realizar esse tipo de contratação.

⁶⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

No mais, tal cláusula, além de permitir que a negociação coletiva seja utilizada como instrumento de proteção aos trabalhadores, não afronta nenhum preceito da ordem jurídica e respeita os limites estabelecidos para a negociação coletiva.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. A terceirização na reforma trabalhista. *Rev. TST*. São Paulo, vol. 83, n. 04, out./dez. 2017. Disponível em: [https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/ Doutrina/artigos/ Revista%20do%20TST%20v%2083%20n%204%202017/ Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20na%20reforma%20trabalhista,%20A.pdf](https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20TST%20v%2083%20n%204%202017/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20na%20reforma%20trabalhista,%20A.pdf). Acesso em: 21 jan.2019.

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público*. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra; BELMONTE, Viviana R. Moraya Agra. Aspectos jurídicos da Lei 6.019/74 - Trabalho temporário e terceirização - Após a “Lei da Terceirização” (Lei n. 13.429/2017) e a “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017). *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 11, p. 1.312-1.321, novembro de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.

BRASIL. Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm.

BRASIL. Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm.

BRASIL. Lei 7.102, de 20 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.

BRASIL. Lei 9.472, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm.

BRASIL. Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

BRASIL. Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm.

CAIXETA, Sebastião Vieira. Apontamentos sobre a normatização do instituto da terceirização no Brasil: por uma legislação que evite a barbárie e o aniquilamento do direito do trabalho. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (org.). *Estudos aprofundados MPT. Vol. 1*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CIOFFI, Leandro. A não supressão plena do critério de prevalência das condições mais benéficas ao trabalhador nas negociações coletivas de trabalho a partir da reforma trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 82, n. 11, p. 1.325-1.337, novembro de 2018.

CORREIA, Henrique. *Direito do trabalho*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CORREIA, Henrique. Terceirização na atividade-fim: julgamento do STF de 30 de agosto de 2018. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 82, n. 09, p. 1.040-1.045, maio de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

JOÃO, Paulo Sérgio. *Limites das negociações coletivas e a terceirização trabalhista*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58196/limites-das-negociacoes-coletivas-e-a-terceirizacao-trabalhista>.

NELSON, Rocco A. Rangel Rosso; NELSON, Natasha Rangel Rosso. Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização - violação do mínimo existencial social. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 08, p. 968/979, agosto de 2017.

Organização Internacional do Trabalho. *Declaração de Filadelfia, 1944*. Disponível em: <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>. Acesso em: 30 jan. 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos Santos. Supremacia do negociado em face ao legislado - as duas faces da nova CLT. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 82, n. 05, p. 547-557, maio de 2018.

SCOCUGILA, Livia. *TST valida cláusula que proíbe contratação de empregados terceirizados*. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/tst-clausula-contratacao-terceirizados-05072018>.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A nova lei geral de terceirização do trabalho no Brasil. *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 05, p. 542-552, maio de 2017.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. Nova lei da terceirização: o que mudou? *Revista LTr*. São Paulo, Ano 81, n. 07, p. 810-819, julho de 2017.

TERCEIRIZAÇÃO, FLUIDEZ E DESIGUALDADE*

OUTSOURCING, FLUIDITY AND INEQUALITY

José Aparecido dos Santos**

RESUMO

O trabalho abstrato tende a se desdobrar em novas categorias e estabelecer novas hierarquias para encobrir as desigualdades. O surgimento dos terceirizados representa a formação de uma subclasse e de nova categoria de subcidadãos. As sucessivas divisões do trabalho intensificam a dependência mútua entre os indivíduos e infundáveis relações de dependência, o que instaura novas formas de hierarquia social e não mecanismos de solidariedade. As políticas públicas utilizadas para extrair do trabalho a riqueza das nações sempre caminharam pela estimulação de formalidade e de informalidade, de liberdade e de servidão. A tendência atual, portanto, é de constante aumento da precariedade das relações de trabalho, decorrente do aumento progressivo da mercantilização da mão de obra. Se ainda não é possível eliminar todo trabalho que não esteja acoplado diretamente à máquina, tornou-se estratégico eliminar, simbolicamente, todo o trabalho mais diretamente humano, todo aquele trabalho classificado como

* Artigo enviado em 25.03.2019 - autor convidado.

**Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Advogado. Ex-Juiz do Trabalho. *E-mail*: jose_aparecido_dos_santos@yahoo.com.br.

atividade-meio. Essa eliminação simbólica do real trabalho humano é uma decisiva política de crescente maquinização da vida, como a que se verifica em decisões do Supremo Tribunal Federal, como as tomadas no RE 958.252, que adotam a terceirização como equivalente da divisão de trabalho e tendem a se converter em sub-reptício comando de que toda terceirização é lícita.

Palavras-chave: Terceirização. Divisão do trabalho. Desigualdade. Dependência. Subcidadania.

ABSTRACT

Abstract work tends to unfold into new categories and establish new hierarchies to cover up inequalities. The emergence of subcontractors represents the formation of a subclass and a new category of sub-citizens. The successive divisions of labor intensify mutual dependence between individuals and endless dependency relations, which establishes new forms of social hierarchy and not mechanisms of solidarity. Public policies deployed to extract from the work the wealth of the nation's always walked by the stimulation of formality and informality, freedom and bondage. The current trend, therefore, is of a constant increase of the precariousness of the labour relations, resulting from the progressive increase of the commodification of the labour force. If it is still not possible to eliminate all work that is not directly coupled to the machine, it has become strategic to symbolically eliminate all the most directly human work, all that work classified as medium-activity. This symbolic elimination of real human labour is a decisive policy of increasing machinations of life, as seen in decisions of the Federal Supreme Court, such as those taken in RE 958.252, which adopt outsourcing as the equivalent of the division of labour and tend to convert into sub-reluctant command that any outsourcing is lawful.

Keywords: Outsourcing. Division of labor. Inequality. Dependency. Sub-citizenship.

INTRODUÇÃO

O trabalho e a natureza são os elementos discursivos centrais da sociedade brasileira. A natureza é sempre o que nos sobra; o trabalho sempre o que nos falta; e, em todos os momentos decisivos, esses aspectos são ruminados. Esse discurso nos marca desde a colônia e justificou o tráfico de escravos, as políticas de imigração, os fluxos migratórios, as reformas trabalhistas e as decisões do Supremo Tribunal Federal. Não é circunstancial que natureza e trabalho também sejam a fonte da riqueza das nações e do capitalismo, e a exportação de bens naturais, o nosso “destino” econômico e histórico segundo a ideologia há séculos dominante.

A persistência no imaginário social brasileiro do recurso retórico a uma natureza exuberante, aberta à posse e exploração, e da insuficiência da virilidade laboral do povo parece indicar que seus fundamentos sejam mais profundos, pois sempre nos arrastam a um mesmo ponto de partida, como um vórtex que maneja muita energia, mas nos faz retornar a um só centro de rotação. Conquanto não se trate de um movimento natural, e muito menos irresistível, sua força ideológica é tamanha que produz imobilidade no meio desse enorme movimento. As conexões desse movimento com a nossa história e com as relações sincrônicas e diacrônicas do capitalismo moderno merecem ser estudadas para que se possam encontrar alternativas mais promissoras para o futuro, de modo a impedir nosso constante retorno simbólico ao passado.

O propósito deste trabalho é oferecer uma pequena contribuição para o estudo desse movimento a partir da análise dos paradoxos semânticos do trabalho, dos conceitos de divisão do trabalho e de fluidez operacional e das repercussões que isso opera sobre as decisões judiciais, notadamente as do Supremo Tribunal Federal. Isso é relevante para a realidade brasileira, pois a dignidade abstrata do trabalho tem o potencial de encobrir desigualdades por trás dessa noção e, desse modo, acarretar novas hierarquias sociais, inclusive por meio de um inusitado protagonismo judicial. O surgimento dos terceirizados como grupo

delimitado e crescente no ambiente das empresas representa a inserção de mais uma camada de precarização e a formação de uma subclasse, de uma nova categoria de subcidadãos, tendência que aparece, ao mesmo tempo, como novidade e como retorno ao final do século XIX.

A ideologia moderna da igualdade e da participação de todos tende a uma homogeneização da sociedade, mas não consegue atingir o necessário grau de solidariedade tão somente por esse mecanismo, exceto temporariamente por meio de nacionalismos ou totalitarismos. A sociabilidade a que deveria corresponder esse processo homogeneizador seria a proporcionada pelo trabalho, mas, ao contrário do que sugere essa razoável expectativa, o que se verifica em realidade é a crescente heterogeneização social por meio do trabalho, com o aumento progressivo de atividades precarizadas em diversos níveis.

A nossa cidadania salarial tem sido curiosamente construída sobre uma baixa massa de salários, traço da nossa profunda marca de subcidadania. Revolver os porões nos quais são mantidos nossos mais repugnantes instintos parece ser um caminho inevitável para que possa entrar alguma luz em nossa consciência coletiva, o que não pode ser trabalho dos mais propositivos, mas, ainda assim, é necessário para que possamos, no futuro, obter meios mais eficientes para reduzir a profunda desigualdade social em que estamos imersos.

1 O TRABALHO COMO EXTERIORIZAÇÃO DE SI

O trabalho abstrato é o principal fundamento do capitalismo, por ser o vetor do valor de troca, mas o modo como se interliga com o capital impõe-lhe contradições que exigem um sucessivo e crescente processo de abstração. Assim como o processo lógico do individualismo remete a um indivíduo abstrato, desprovido de nacionalidade e de relações culturais, o trabalho moderno, que nada mais é do que extensão do individualismo metodológico, exige o desprezo para as condições concretas de cada trabalhador. Para

que o individual se sobrepusesse ao coletivo, foi necessário tornar o trabalho cada vez mais abstrato.

A primeira e mais basilar dessa tendência abstracionista é a separação do homem da natureza operada pela modernidade. A racionalidade moderna se posiciona em relação à natureza como um terceiro, fazendo uma clivagem que torna possível, primeiro, a separação do homem do seu entorno, para, depois, separar o trabalho do próprio homem, tendência a uma fragmentação que não se finda nesse ponto, mas se prolonga indefinidamente. Essa fissão forçada do núcleo social, que, em momentos históricos determinados, torna-se altamente sinérgica, capaz de aglutinar novas forças reprodutivas da sociedade, ao mesmo tempo, impulsiona formidáveis elementos produtivos e destrutivos.

Essa clivagem que a modernidade produz no homem (trabalho), na natureza (matéria-prima) e na moeda (sistema de trocas) exige que cada ente seja isolado como condição à lógica da mercadoria. A destituição desses três elementos de qualquer relação com os afetos e com as relações sociais das quais provêm é condição para que possam se transformar em mercadoria. O mercenário, em troca do salário, oferece uma veniaga dessacralizada, neutra e exteriorizada. Era necessário para isso que trabalho e natureza, principalmente, fossem abstratamente separados do homem para se transformar em “terceiros”, elementos objetiváveis, isoláveis e quantificáveis, condição primária para que pudessem ser vendidos e, assim, justificar a propriedade privada.

Para que se formasse o significado moderno de trabalho foi necessário sedimentar a ideia de que a força produtiva pode ser destacada do homem e ser quantificada como tempo, até o ponto em que isso se tornasse senso comum e incontestável, condição para que pudessem ser transpostos formidáveis limites políticos e simbólicos, e o trabalho pudesse ser admitido como elemento externo passível de comércio. Foi necessário construir a ideia de que o homem não vende a si mesmo ao trabalhar, mas apenas sua força de trabalho, processo que se principia no sistema fundiário, no qual a terra passa de renda a capital fixo no século XVI, mas só

se consolida na segunda metade do século XIX, quando a ocupação deixa de ser a referência social da classe trabalhadora, e o trabalho assalariado assume o protagonismo. Isso força a passagem da ideia antiga do trabalho como mediação direta entre o homem e a natureza para outra mais ampliadora, a de trabalho como toda atividade suscetível de produzir valor, ou seja, a instituição do trabalho abstrato, pois, como esclarece Jappe, é “[...] somente o trabalho assalariado na sua forma clássica que corresponde plenamente ao conceito de trabalho abstrato.” (JAPPE, 2013, p. 117).

Para que o trabalho abstraído e estranhado pudesse se impor, foi necessário que novas dualidades fossem produzidas, como a de ocupação produtiva, suscetível de produzir valor de troca, e a improdutiva. A noção de trabalho produtivo como o aspecto positivo do labor humano foi construída a partir da revolução industrial para se sobrepôr ao senso comum que predominava desde o mercantilismo sobre a “[...] predileção pelo ócio das classes populares e a ideologia dominante sobre a baixa retribuição do trabalho” (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2014, p. 56), da qual decorria a tese da utilidade da pobreza para a riqueza de cada nação, vinculada à crença de que o volume de trabalho, e não a quantidade e qualidade dos produtos, é o que mede a prosperidade de uma nação.¹ A partir do mercantilismo, a positividade do trabalho passa crescentemente a ser associada à produtividade e riqueza para a “nação”, para o que seria necessário instituir uma nova educação,

¹ Mandeville, em sua famosa obra de 1714, dizia que “[...] tudo o que faz aumentar a abundância de um país contribui para baratear a mão de obra, onde os pobres sejam bem administrados, porque assim como se deve evitar que passem fome, convém evitar que nunca recebam o suficiente para poder economizar. [...] É inegável que a frugalidade é o método mais apropriado, para todas as pessoas que compõem a sociedade e para famílias particulares; mas o interesse de todas as nações ricas é que a maior parte dos pobres não possa estar desocupada quase nunca e que, no entanto, gaste continuamente o que ganhe.” (MANDEVILLE, 1997, p. 125). Outro exemplo desse raciocínio pode ser visto em Genovesi, que, em 1765, afirmava que “[...] a pobreza e a necessidade incitam e estimulam a fadiga [o trabalho] e fazem amar a parcimônia, a temperança, a justiça. Com essas virtudes se tem sempre diligência e se adquirem riquezas.” (GENOVESI, 1769, livro II, p. 217).

imposta pela fome, que propiciaria a disciplina necessária para as novas exigências do mundo “civilizado”. A negatividade estaria relacionada ao ócio a que os ganhos do trabalho podem conduzir, em virtude de uma tendência natural do ser humano. Trata-se de uma dessas recorrentes tentativas de constituir uma centralidade antropológica que possa justificar a exploração ou a luta de resistência.

Esse pensamento, embora hegemônico, não era o único nos séculos XVII e XVIII, pois, já naquela época, verificava-se “[...] a crescente importância que alcança, entre os defensores da sociedade comercial, a preocupação pelo desenvolvimento dos mercados internos” (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2014, p. 58), que se liga às vantagens para a nação em se aumentar o consumo das classes populares. De qualquer forma, esse outro ponto de vista não contrariava a ideologia de que apenas a ocupação produtiva tem valor, mas, ao contrário, até mesmo a qualifica, ao valorizar as trocas internas derivadas sempre do trabalho produtivo. Essa é uma perspectiva que continua a ser prestigiada até os nossos dias.

Vários autores contemporâneos buscam estabelecer um conceito de trabalho como atividade vital, intemporal e suprarreal. Ricardo Antunes, por exemplo, afirma que:

[...] entendemos o trabalho não como uma criação do capitalismo (esse é o trabalho assalariado, fetichizado e estranhado), mas como resultado de um movimento, verdadeiramente dialético, de positividade e negatividade, criação e servidão, humanidade e desumanidade, autoconstituição e desrealização. Esse movimento, percebido desde os gregos, encontrou em Hegel e, especialmente, em Marx, sua síntese mais sublime: o trabalho, que em sua gênese é atividade vital, pode converter-se em ato alienado; o trabalho concreto, que cria coisas socialmente úteis, pode se tornar subordinado ao seu contrário, o trabalho abstrato, fetichizado e estranhado. (ANTUNES, 2005, p. 99).

Esse ponto de vista, entretanto, além de contrariar uma dialética verdadeiramente histórica e de apagar as diferenças

concretas por meio de uma nova abstração, desconsidera que a “[...] identificação de trabalho com a atividade econômica do capitalista está profundamente enraizada na cultura ocidental” (WOOD, 2011, p. 260), a tal ponto que todas as novas formas de reestruturação produtiva só podem criar novas formas de trabalho capitalista, ou seja, de trabalho abstrato. O trabalho precarizado, *part-time*, terceirizado, subcontratado, informal ou autoempregado² é modalidade de trabalho vivo, faz parte da subordinação do trabalho assalariado ao regime capitalista, é fonte de criação de valor de troca, mas instaura novas formas de hierarquia social, e não novos mecanismos de solidariedade. Não há, nas modalidades precárias de trabalho, mera possibilidade de alienação, mas imposição do mundo das trocas mercantis que, cada vez mais, constituem o único campo de possibilidades para o homem, formas atualizadas de servidão.³

Houve sucessivos deslizamentos semânticos da palavra trabalho que, em pouco mais de um século, passou de ocupação para emprego e de emprego para empreendedorismo, fenômeno que radicaliza a mercantilização de si instaurada pela modernidade. A glorificação atual do trabalho como atividade individual produtora de felicidade e progresso material e moral, entretanto, continua

² “Para a maioria da população, tornar-se um sujeito econômico (“capital humano”, “empresário de si mesmo”) não significa senão ser compelido a gerenciar salários e rendas declinantes, precariedade, desemprego e pobreza, do mesmo modo que alguém cuidaria do balanço de uma empresa.” (LAZZARATO, 2014, p. 15).

³ Há uma necessidade constante no capitalismo de estabelecer dicotomias hierarquizadoras, qualificadoras e desqualificadoras do trabalho, como condição para gerar valores excedentes de troca. Isso explica, por exemplo, porque, mesmo sob ambiente liberal, havia trabalho escravo em regime de produção capitalista. “O trabalho livre é, com efeito, um caráter definitivo do capitalismo, porém não o trabalho livre em todas as empresas produtivas. O trabalho livre é a forma de controle do trabalho utilizada para o trabalho qualificado nos países do centro, enquanto que o trabalho obrigado se utiliza para o trabalho menos especializado nas áreas periféricas. Essa combinação é a essência do capitalismo.” (WALLERSTEIN, 2016, p. 216). Há que se ressaltar que, mesmo nos países centrais, o trabalho, primeiro, precisou ser obrigado pela fome, para, depois, ser livre. De qualquer modo, basta observar a quem é atualmente destinado o trabalho terceirizado e precarizado, em todas as partes do mundo, para observar que há apenas uma recontextualização do conceito de periferia.

na lógica do puro individualismo e da sujeição às exigências do valor de troca.⁴

Esse deslizamento semântico, entretanto, não é acidental, pois o significado de trabalho não é puramente econômico, mas corresponde, no campo social, à sua regulamentação jurídica. Como bem sintetiza Alonso:

Recordemos que a norma de emprego de uma sociedade é ininteligível sem o estatuto de cidadania que define o sistema de direitos e deveres na qual se incrusta; e, ao contrário, não há cidadania avançada sem uma institucionalização do mundo do trabalho devidamente democratizada e atenta à diversidade e desigualdade que se geram no mesmo marco laboral. O trabalho não é socialmente nada sem uma definição de seu estatuto normativo e sem o sistema de convenções que o constrói como uma instituição social formal, mas também informal. (ALONSO BENITO, 2007, p. 27-28).

Os estatutos normativos adotados de formas diferentes em vários países vinculam os sentidos possíveis do trabalho humano e refletem a disputa pelos espaços protetivos disponíveis. As políticas públicas utilizadas para extrair do trabalho a riqueza das nações sempre caminharam pela estimulação de formalidade e de informalidade, de liberdade e de servidão. Esse aspecto é ainda mais evidente em países como o Brasil nos quais o simbólico do trabalho estabeleceu *habitus* nos quais

[...] os legados da escravidão africana incluem noções bem estabelecidas sobre o exercício legitimado da autoridade, hierarquia de *status* profundamente arraigada e modelos

⁴ “A sujeição continua dizendo respeito ao trabalho, mesmo que seu significado tenha deslizado, imperceptível mas indubitavelmente, do ‘trabalho’ do operário para o ‘trabalho’ do empreendedor. [...] Exalta-se em toda parte ‘o valor do trabalho’, mantendo-se conscientemente a ambiguidade, pois doravante queremos dizer com trabalho não apenas a atividade que se desempenha para um patrão, mas também ‘o trabalho sobre si’, aquele que devemos realizar para que nos transformemos em ‘capital humano’.” (LAZZARATO, 2014, p. 47).

de governança que mantiveram sua influência mesmo após o seu fim. (FRENCH, 2006, p. 78).

Como adverte Batalha, utilizar nosso passado escravagista para explicar a atual violência contra os trabalhadores, a sobre-exploração do trabalho e a ausência de direitos, ao ser usada para explicar tudo, acaba não explicando nada, perdendo todo o valor heurístico (BATALHA, 2006, p. 109). Contudo, não deixa de ser inquietante que, entre nós, os resquícios do paternalismo e do autoritarismo escravagista retornem com outras nuances e de acordo com novas estratégias, inclusive nos discursos judiciais sobre a terceirização.

Para que se chegasse ao mundo atual em que tudo tende a se converter em mercadoria, foi necessário, desde o século XVI, construir o credo de que a atividade humana pode ser vendida. Por isso, em variados momentos e por várias formas, o trabalho abstrato e livre precisou representar a dignidade e a honra, aspecto que atingiu seu auge no período do nazismo alemão⁵ e retornou com muito entusiasmo no final do século XX.

Foi somente com a revolução industrial que esse credo social angariou dimensão suficiente para adquirir essa realidade inquestionável. A mútua dependência entre capital e trabalho, ambos destinados à produção de valor, forjou o enquadramento, quase que espontâneo, dessa relação no contrato, afastadas quase que de imediato as teorias que procuravam enquadrá-la em outros modelos jurídicos. A prestação de serviços pelos operários passou a ser enquadrada como contrato no final do século XIX e início do século XX, justamente na mesma época em que o trabalho passa a ser associado a emprego (DÍEZ RODRIGUEZ, 2014, p. 624-625)⁶,

⁵ É sintomático, por exemplo, que Hitler tenha afirmado que “[...] no futuro só haverá uma nobreza, a nobreza do trabalho.” (*apud* DÍEZ RODRIGUEZ, 2014, p. 676).

⁶ Como demonstra esse autor, o trabalho deixa de ser ocupação para se transformar maciçamente em emprego, condição para que, no século XX, firmasse-se o fenômeno do desemprego. Assim como a invenção do acumulador tornou possível a abstração da energia elétrica como coisa que se acumula para vender, o desemprego estrutural forçou a ideia tautológica de um acúmulo de trabalho que precisa ser vendido a qualquer custo.

inclusive como mecanismo de seleção e controle da seguridade social. Foi o assombro que decorreu dessa rápida mutação social que acarretou as controvérsias jurídicas sobre o inicial enquadramento desse contrato na *locatio operarum* para, por fim, predominar a ideia de que se trata de um contrato *sui generis*.

Essa separação do homem da sua atividade era condição para se criar valor de troca, mas também esteve relacionada com a emancipação dos trabalhadores, com sua luta por igualdade social e política, pois, sem que o trabalho pudesse ser abstraído como mercadoria, não poderiam ser admitidos como iguais proprietários, condição sem a qual seriam excluídos da vida política e social devido ao voto censitário.⁷ Esse movimento exigiu dos juristas um grande esforço de objetivação teórica da atividade humana para explicar e justificar o ato no qual o homem se vende a si mesmo. Um exemplo famoso desse esforço foi o de Carnelutti que, em 1913, analisou, com grande profundidade, as controvérsias a respeito da natureza jurídica do fornecimento de energia elétrica (locação ou venda) e comparou essa atividade com o trabalho produtivo realizado no regime capitalista. Fica evidente que o esforço do renomado jurista foi justamente o de transpor os escrúpulos contra a ideia de que tanto a energia como o trabalho humano são coisas e de que pode haver tanto furto de energia elétrica como de trabalho humano. A inserção do trabalho na categoria jurídica da locação de obra é criticada porque pressuporia o corpo humano como objeto da relação jurídica.

⁷ “O que o movimento operário conduziu realmente, e com inteiro sucesso, foi a luta pelo reconhecimento dos trabalhadores, o ‘quarto estado’, como proprietários de mercadorias a par de todos os outros proprietários de mercadorias. Na sociedade capitalista, a venda da força de trabalho é uma transação como qualquer outra. Contudo, durante muito tempo não era concedido aos trabalhadores aquilo que era permitido a todos os outros proprietários de mercadorias: tentar vender a sua mercadoria o mais caro possível recorrendo, quando fosse caso disso, às greves e aos sindicatos.” (JAPPE, 2013, p. 101). A regulação jurídica do sindicalismo no Brasil confirma essa análise, pois, tanto no Estado Novo como nos Governos Temer e Bolsonaro, o objetivo das alterações sempre foi controlar ou destruir a ação coletiva como meio de forçar a diminuição do preço do trabalho.

A análise comparativa que Carnelutti faz entre trabalho humano e energia elétrica é interessante porque pressupõe que ambos façam parte de uma mesma categoria mais ampla (CARNELUTTI, 1913, p. 371), inseridos em uma só estrutura. O que diferenciaria o contrato de trabalho do contrato de venda de energia seria apenas a origem do objeto (energia), aspecto juridicamente relevante. Essa analogia só foi possível porque o autor admite que trabalho e energia são coisas separáveis de seus produtores (pessoas ou máquinas) e se consomem no próprio ato de uso, superando, desse modo, por conta do progresso técnico, os tradicionais limites da materialidade, da corporeidade e da tangibilidade que se consideravam inerentes ao conceito de coisa. Somente desse modo se tornou possível explicar como o trabalho humano se transforma em propriedade do empregador, ideia que, com algumas variações, ainda persiste no imaginário jurídico.

Sucedee, entretanto, que, desde o final do século XIX, os críticos da objetivação do trabalho apontavam a evidência de que, qualquer que seja o bem transmitido, essa energia não seria uma coisa, mas um estado ou qualidade da coisa. Foi, entretanto, o historiador da economia Polanyi quem, de forma mais explícita, demonstrou essa contradição:

O ponto crucial é o seguinte: trabalho, terra e dinheiro são elementos essenciais da indústria. Eles também têm que ser organizados em mercados e, de fato, esses mercados formam uma parte absolutamente vital do sistema econômico. Todavia, o trabalho, a terra e o dinheiro obviamente não são mercadorias. O postulado de que tudo o que é comprado e vendido tem que ser produzido para venda é enfaticamente irreal no que diz respeito a eles. Em outras palavras, de acordo com a definição empírica de uma mercadoria, eles não são mercadorias. Trabalho é apenas um outro nome para atividade humana que acompanha a própria vida que, por sua vez, não é produzida para venda mas por razões inteiramente diversas, e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada. Terra é apenas outro nome para

a natureza, que não é produzida pelos homens. Finalmente, o dinheiro é apenas um símbolo do poder de compra e, como regra, ele não é produzido mas adquire vida através do mecanismo dos bancos e das finanças estatais. Nenhum deles é produzido para a venda. A descrição do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadorias é inteiramente fictícia (POLANYI, 2000, p. 94). (grifos nossos)

A afirmação de que terra, trabalho e moeda não são mercadorias não é meramente retórica, mas desvela a contradição interna na qual se sustenta a sociedade capitalista. O trabalho é o próprio homem, e não uma entidade que possa dele ser separada. O trabalho, em certo sentido, não existe como realidade autônoma; existem trabalhadores e tomadores de serviços, em estruturas mutáveis, historicamente determinadas, sujeitas a múltiplos fluxos e movimentos. O que se deve proteger é o trabalhador, e não o trabalho. A mutabilidade histórica e a multiplicidade do significado de trabalho são o que permite não só sua constante adaptabilidade, mas também a possibilidade de seu uso em sentidos tão opostos, que vão do sofrimento ao prazer, do ascetismo à luxúria.

Essa contradição decorre do fato de que a objetivação do trabalho, sua exteriorização em relação aos sujeitos que o produzem, é uma necessidade do sistema produtivo, mas, como efeito indesejado ou não, transforma a pessoa em objeto, desumanizando-o. É necessário transformar a todos ao mesmo tempo em sujeito e em objeto, processo necessário para a formação do valor, mas que interfere drasticamente na autonomia do homem, paradoxalmente no momento em que se generalizava para a humanidade um nível de autonomia nunca antes adquirido. Esse processo não é unilateral, não privilegia somente o empregador nas relações sociais do trabalho, mas interfere e transforma o homem em todos os aspectos dessa relação.

É por isso que, no que diz respeito aos trabalhadores, aparece uma multiplicidade de formas de prestação de serviços, de modo que

[...] a mercantilização da mão de obra toma muitas formas diferentes, entre as quais a forma em que o trabalhador assalariado livre vende unicamente sua forma de trabalho é apenas um exemplo. (LINDEN, 2013, p. 29).

Empregados, autônomos, domésticos, voluntários, biscateiros, escravos e precários de toda a espécie fazem parte de um mesmo fenômeno que exige não apenas a mercantilização do trabalho, mas também sua fetichização e atomização. O constante estabelecimento de novas hierarquias e, conseqüentemente, de relações de subalternidade faz parte desse movimento.

A fragmentação do homem, impelida por essa contradição, ao mesmo tempo dispersora e aglutinadora, realiza-se também no momento em que alguém se dispõe a contratar ou organizar serviços de quaisquer desses trabalhadores. Empreiteiros, subempreiteiros, capatazes, empreendedores individuais e empresas terceirizadas de todo tipo constituem também mecanismos de aumento da exploração da mão de obra, contemporaneamente denominada de aumento da produtividade. Tem razão van der Linden ao afirmar que:

A mercantilização do trabalho, portanto, não apenas pressupõe a existência de trabalhadores subalternos, mas também de empregadores, ou seja, as pessoas, empresas e instituições que comandam os meios (ativos financeiros, recursos naturais, meios de produção, propriedade intelectual) com os quais eles se apropriam - por meios econômicos ou extraeconômicos - do tempo de trabalho vivo de outros. A fronteira que separa essa classe da classe dos portadores da força de trabalho é relativamente vaga e, embora permeável (trabalhadores subalternos às vezes conseguem se transformar em patrões ou conquistar autonomia, e vice-versa), implica também uma contradição estrutural que é continuamente reproduzida pelo capitalismo ao longo de sua expansão. A fonte básica do conflito de classes é enfraquecida ou fortalecida por outras contradições provocadas por diferenças relacionadas a gênero, etnia, raça, nacionalidade, idade etc. Além disso, entre as pessoas, empresas ou instituições que atuam como

empregadores trava-se uma incessante batalha competitiva que cria ganhadores e perdedores. (LINDEN, 2013, p. 402).

É dessa batalha competitiva que surgem camadas subalternas como a dos terceirizados. Não se trata, entretanto, de adotar uma visão determinista do trabalho. Esse movimento contraditório não decorre de nenhuma lei universal ou de algum tipo de direito natural, mas apenas de opções políticas e sociais que são constantemente tomadas e readaptadas, as quais se submetem às tensões que, historicamente, apresentam-se, cada vez mais desafiadoras para a classe dominante. O processo de exteriorização das atividades econômicas não se dá apenas pela terceirização do trabalho diretamente prestado, mas mediante o próprio fatiamento das atividades empresariais, facilitado pela melhoria significativa dos meios de transporte e de comunicação e pela revolução telemática.

A organização do trabalho por meio da informática permite e produz uma descentralização progressiva dos segmentos produtivos que, mesmo quando realizada por meio de outras empresas, torna possível uma gestão centralizada como se compusessem relações individuais perfeitamente isoladas. A necessária conexão entre os vários elementos produtivos, entretanto, é realizada de tal modo que o real controle da gestão fica totalmente à margem das empresas contratadas. Assim, a alienação não é só do trabalho direto das pessoas naturais, mas do complexo empresarial. Isso muda, inclusive, as relações que o Estado estabelece com a força de trabalho, pois a nova forma de produção sistêmica é realizada por meio da desmaterialização e da desterritorialização das relações entre capital e trabalho, cuja mobilidade passa a ser supranacional, de forma a estabelecer outros graus de subordinação entre as áreas geográficas e os lugares de produção e consumo.

Por isso, embora decorrentes de um mesmo fenômeno, costuma-se designar como *outsourcing* o uso estratégico de recursos externos para a realização de atividades tradicionalmente

realizadas internamente pela própria empresa, enquanto que a expressão terceirização é mais usada para se referir à delegação de serviços realizados dentro da empresa. A lógica subjacente é sempre a de redução de custos e intensificação da produtividade, razão pela qual, em todo o mundo, pressionados pelas políticas financeiras internacionais, pela dívida estatal e pelo desemprego, verifica-se paralelamente uma tendência de ampliação de contratos por prazo determinado, inclusive os temporários, os estágios e os contratos parciais.

É nos países periféricos, entretanto, que se verificam o maior grau de degradação do trabalho disponível e a maior quantidade de degraus nas hierarquias que decorrem da terceirização e outras formas de precarização. Constituem-se verdadeiros estamentos sociais nos quais a mobilidade se aproxima de zero e cujas alternativas de vida pouco variam entre a miséria e a exploração. Por esses mecanismos organizacionais, reproduzem-se os modelos colonialistas de dependência econômica, em que as trocas são desiguais em termos de tecnologia, de valor do trabalho e de valor das matérias-primas.

A tendência atual, portanto, é de constante aumento da precariedade das relações de trabalho, decorrentes do aumento progressivo da mercantilização da mão de obra. A diminuição de custos transforma-se em um mantra, e o objetivo maior é circular o mais rapidamente possível as mercadorias de modo a deixar em estoque o mínimo indispensável, sem esquecer que, nessa perspectiva, o próprio trabalho abstrato é uma mercadoria que deve ser mantida formalmente no mínimo grau possível⁸, ainda que discursivamente se afirme que o objetivo seja o contrário. Isso gera um conjunto de contradições que são superadas apenas por meio de sucessivos esgarçamentos do tecido social, não apenas em razão das crises de demanda que eventualmente se sucedem, mas principalmente porque exige cada vez mais trabalho produtivo

⁸ “O próprio capital é a contradição em processo, [pelo fato] de que procura reduzir o tempo de trabalho a um mínimo, ao mesmo tempo que, por outro lado, põe o tempo de trabalho como única medida e fonte da riqueza.” (MARX, 2013, p. 588-589).

de todos como condição para sobrevivência ao mesmo tempo em que reduz a remuneração do trabalho a limites insustentáveis.⁹

A terceirização acarreta inúmeros obstáculos à ação sindical, mas talvez nem seja essa a sua face mais destrutiva, e sim o estabelecimento de novas estruturas hierárquicas, o que deveria merecer aprofundamento analítico. Giovanni Alves, por exemplo, aponta alguns desses efeitos entre os metalúrgicos:

[...] a terceirização cria novas cisões no estamento salarial da categoria metalúrgica. O operário “terceirizado”, apesar de ser metalúrgico, não é reconhecido como tal, sendo discriminado não apenas com relação a salários, mas a cargos. Ele nunca se tornará mestre, supervisor, encarregado etc., uma vez que, no interior da hierarquia da empresa contratante, não há espaço para os operários terceirizados. (ALVES, 2000, p. 267).

Essa análise demonstra o estabelecimento de hierarquias entre os trabalhadores por meio da terceirização. Não que seja impossível a incorporação de terceirizados na empresa contratante; ao contrário, essa possibilidade, ainda que remota, é sempre sustentada como mecanismo de aumento da produtividade de todos os que trabalham no mesmo ambiente, pois a possibilidade de substituição age ao mesmo tempo como elemento de antagonismo e de autossuperação de todos os trabalhadores. A terceirização não é dirigida, nem atinge apenas os terceirizados, pois sua espada de Dêmoles pesa também sobre os trabalhadores fixos. O ponto relevante, entretanto, que se extrai do texto de Giovanni Alves é que o acesso a funções superiores nas empresas

⁹ “Pois a verdadeira riqueza é a força produtiva desenvolvida de todos os indivíduos. Nesse caso, o tempo de trabalho não é mais de forma alguma a medida da riqueza, mas o tempo disponível. O tempo de trabalho como medida da riqueza põe a própria riqueza como riqueza fundada sobre pobreza e o tempo disponível como tempo existente apenas na e por meio da oposição ao tempo de trabalho excedente, ou significa pôr todo o tempo do indivíduo como tempo de trabalho, e daí a degradação do indivíduo a mero trabalhador, sua subsunção ao trabalho. Por isso, a maquinaria mais desenvolvida força o trabalhador a trabalhar agora mais tempo que o fazia o selvagem ou que ele próprio com suas ferramentas mais simples e rudimentares.” (MARX, 2013, p. 591).

torna-se cada vez mais competitivo, porquanto o terceirizado terá necessariamente que passar pela subcontratação para, no máximo, almejar ser contratado na mesma função em que já presta serviços.

Percebe-se, portanto, que a ideia de terceirização está na base do sistema capitalista, pois o próprio trabalho é estabelecido como um terceiro em relação ao homem. Esse é um sistema mítico, não no sentido de sua irrealidade, mas por sua força vital.¹⁰ Para que essa multiplicidade possa funcionar, é necessária uma entidade totalizante, tendencialmente totalitária: a nação ou o mercado.

A base de todo o Direito do Trabalho foi construída como resistência a essa tendência, como uma limitação a essa “liberdade” de alienar-se totalmente. A proteção trabalhista, desde seu início, teve como objetivo limitar a tendência de exteriorização e de objetivação do trabalho, pois essa objetivação, em considerável medida, sempre foi a objetivação do próprio trabalhador. Essa construção sociojurídica de limites tornou-se historicamente imprescindível pelos violentos conflitos que a total liberalização produziu. A queda desses limites em um novo contexto social e econômico, caso novos mecanismos de proteção não sejam oferecidos, poderá acarretar conflitos ainda mais danosos do que aqueles verificados no final do século XIX e início do século XX.

2 DIVISÃO DO TRABALHO E ATIVIDADE HUMANA

A divisão do trabalho social em classes, graus e estamentos não é inovação da modernidade¹¹, mas deixou, a partir dela, de se

¹⁰ Por mito se deve entender “[...] um ingrediente vital da civilização humana; não é um conto inútil, mas uma força ativa laboriosa; não é uma explicação intelectual ou uma imagem artística, mas um estatuto pragmático da fé e da moral primitivas.” (MALINOWSKI, 1988, 104). Por isso, o mito “[...] fornece os modelos para a conduta humana, conferindo, por isso mesmo, significação e valor à existência.” (ELIADE, 1972, 8). Os mitos correspondem a uma racionalização posterior da experiência humana (BASTIDE, 1968, p. 1.047).

¹¹ “A divisão social do trabalho, a especialização das tarefas, é uma característica de todas as sociedades complexas e não um traço particular das sociedades industrializadas ou economicamente evoluídas; basta pensar na divisão do trabalho em castas e na hierarquia que a acompanha, na sociedade tradicional hindu.” (MARGLIN, 1996, p. 43).

basear em componentes extraeconômicos para assumir, aos poucos, componentes maquínicos. John of Salisbury, considerado por muitos o primeiro grande cientista político da Idade Média, em 1159, na sua principal obra, o *Policraticus*, já utilizava a metáfora organicista para explicar o funcionamento do Estado e da sociedade, imagem segundo a qual o príncipe é a cabeça, e o campesinato, os pés. Cada órgão humano com sua específica função corresponde a um grupo político ou social. Embora se trate de texto de duvidosa originalidade, possível incorporação deslocada de texto de Plutarco (GOFF, 2007, 149), o uso dessa metáfora aponta para uma tendência de secularizar hierarquias religiosas por meio do imaginário de um corpo social, tendência iniciada no século XI, ainda que em bases naturalistas¹², e que se prolonga até hoje.

Essa secularização estava praticamente finalizada em 1765 quando Antonio Genovesi publica a primeira edição de sua principal obra, *Lezioni di commercio osia d'economia civile*. Embora, ao contrário do que supõe Díez Rodríguez (2014, p. 27), ali não se ofereça ainda uma “[...] divisão do trabalho como um fenômeno do processo de civilização”, Genovesi utiliza a imagem do corpo social de uma forma mais ampla¹³ e inovadora, ao acrescentar um componente teleológico: esse corpo tem como objetivo o bem-estar do todo, no sentido da riqueza nacional.¹⁴ É curioso observar que Genovesi, seguindo tendência da época, utiliza termos da medicina para designar as atividades sociais. Por isso, utiliza muito mais a palavra “fadiga” para indicar a atividade laborativa do homem do que a palavra “trabalho” (*lavoro*), o que confirma o que foi

¹² “O recurso que ele faz da noção romana de ‘natureza’, referendada pelo estoicismo ciceroniano, tantas vezes citada por ele, dá a impressão de que pensava o mundo político, a *respublica*, desde bases puramente naturalistas.” (MIATELLO, 2010, p. 160).

¹³ “A sociedade civil é filha da mútua necessidade e do recíproco temor. Ela é um corpo composto de diversos outros corpúsculos de pessoas, como produtores de coisas necessárias para viver, melhoradores, distribuidores dos bens, defensores, educadores, governantes e (como advém na abundância e nas riquezas) de enganadores, folgazões e destruidores, no ócio.” (GENOVESI, 1769, II, p. 250-251).

¹⁴ “[...] as comodidades, as riquezas, a felicidade dessa família dependem da indústria e fadiga de todos.” (GENOVESI, 1769, I, p. 166).

afirmado no item anterior a respeito da historicidade dessas palavras.¹⁵

A visão organicista de sociedade proposta por Genovesi decorria de suas preocupações com a decadência do Reino de Nápoles e suas necessidades de desenvolvimento. Por isso, sua obra exala um senso coletivo muito distinto daquele tom individualista que, poucos anos depois, Adam Smith adotaria em “A riqueza das nações”, de 1776, por meio do qual se passaria de uma visão orgânica para uma ordem maquinica.

A divisão do trabalho, na terminologia adotada a partir de Adam Smith, deixa de ser uma forma de organização social para passar a ser um modo de organizar a exploração do trabalho individual por meios racionais, justificado pela impossibilidade de se reunirem todos os trabalhadores em um só local, assim como pelas vantagens do aumento de destreza de cada trabalhador, pela economia de tempo e pela utilização de máquinas mais adequadas, inventadas pelos próprios trabalhadores (SMITH, 1983, p. 41-45), ou seja, meios técnicos de aumentar a produtividade. A divisão do trabalho descrita por Adam Smith correspondia à crescente especialização do sistema produtivo, em que, para a produção de cada mercadoria, passou a ser necessário o concurso de mais empresas (comerciantes) e trabalhadores. A contradição dessa análise, entretanto, reside no fato de que, embora se reconheça que cada mercadoria é socialmente produzida, imagina-se uma economia de produtores individuais¹⁶ que detêm igualmente os seus meios de produção.

¹⁵ Por essa ambiguidade semântica, “[...] tanto em termos do senso comum como da teoria econômica ‘clássica’, o trabalho designa simultaneamente a atividade realizada, encarnada no produto (a obra) e aquilo que foi investido de forças físicas e psíquicas para aí chegar (o esforço, a fadiga).” (VATIN, 2002, p. 66). Dessa dualidade é que decorre o uso analógico que os engenheiros e físicos passaram a utilizar para designar a atividade das máquinas como trabalho e fadiga.

¹⁶ “O casaco de lã, por exemplo, que o trabalhador usa para agasalhar-se, por mais rude que seja, é o produto conjugado de uma grande multidão de trabalhadores. O pastor, o selecionador de lã, o cardador, o tintureiro, o fiandeiro, o tecelão, o pisoeiro, o confeccionador de roupas, além de muitos outros, todos eles precisam contribuir com suas profissões específicas para fabricar esse produto tão comum de uso diário.” (SMITH, 1983, p. 46).

Admitir uma sociabilidade natural de distintas profissões era condição necessária para uma conclusão importante de Smith, segundo a qual a divisão de trabalho seria

[...] consequência necessária, embora muito lenta e gradual, de certa tendência ou propensão existente na natureza humana que não tem em vista essa utilidade extensa, ou seja: a propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra. (SMITH, 1983, p. 49).

O famoso exemplo da produção de alfinetes, entretanto, desconstrói esse ponto de vista altamente positivo da divisão do trabalho, pois, se um “[...] operário desenrola o arame, um outro o endireita, um terceiro o corta, um quarto faz as pontas, um quinto o afia nas pontas para a colocação da cabeça do alfinete [...]” (SMITH, 1983, p. 42), não há uma associação de profissões, mas apenas de atividades isoladas. O homem é associado à máquina produtiva e se transforma gradativamente em mero mecanismo, desprovido da lógica da profissão. Esse é o fundamento da terceirização moderna, uma reestruturação técnica da organização do trabalho que exige progressiva objetivação do trabalho e de divisão desse objeto.

Não deixa de ser curioso que, até o início do século XIX, sempre que se menciona a divisão do trabalho, o que se tem em mente é apenas a organização do sistema produtivo. Durkheim, entretanto, defende uma curiosa inversão e passa a ver na divisão do trabalho não um efeito de uma propensão humana, mas a causa de variados efeitos, principalmente a sociabilidade humana. Para Durkheim (1999, p. 27), “[...] o mais notável efeito da divisão do trabalho não é aumentar o rendimento das funções divididas, mas torná-las solidárias.” Essa busca por uma base ancestral da sociabilidade finca-se em uma idealização da divisão sexual do trabalho, da qual todas as demais divisões decorreriam. Para Durkheim, a solidariedade orgânica, derivada da divisão social do trabalho, perfaz-se com concessões mútuas dos indivíduos, um direito cooperativo (direito cível, comercial, trabalhista, constitucional etc.), distinta da solidariedade mecânica, que decorre

de um direito repressivo (direito penal). Essa visão um tanto ingênua da divisão do trabalho, pela qual a humanidade tenderia para a solidariedade orgânica (progresso cooperativo), não leva em consideração os mecanismos repressivos embutidos em qualquer divisão do trabalho, pois parte de uma suposta e harmoniosa divisão primordial (a sexual); além disso, desprezam-se as conexões que a divisão moderna do trabalho possui com o valor abstrato socialmente produzido.

Com efeito, não existe um passado idílico em que o indivíduo condensasse em si todas as atividades imprescindíveis para transformar bens naturais em produtos aptos para satisfazer necessidades, pois toda produção sempre foi social. É por isso que, somente no início do século XIX, “[...] o termo trabalho surge espontaneamente sob a sua pluma no sentido comum, o de atividade econômica” (VATIN, 2002, p. 37), mediante complexas analogias entre a atividade dos homens e a atividade das máquinas como forma de aferir o custo total da produção.

Há um elevado grau de irracionalidade no senso comum de que a especialização de tarefas representa economia de tempo e, por isso, redução de custos. Como demonstrou Marglin, no famoso exemplo da fábrica de alfinetes, se um ou mais operários desenrolasse, primeiro, uma quantidade maior de arame, para, depois, o mesmo trabalhador o endireitar, em seguida cortar, depois fazer as pontas e afiar as pontas para a colocação da cabeça do alfinete, o tempo despendido seria o mesmo ou até menor. Não há entre essas tarefas nenhum grau de verdadeira especialização que torne mais produtiva a realização por distintas pessoas. De fato, a “[...] economia de tempo implica a separação das tarefas e a duração de uma atividade; e não a especialização.” (MARGLIN, 1996, p. 45). Se um mesmo trabalhador, ao fabricar um objeto, dividir suas atividades em várias etapas, certamente ganhará tempo, mas não há nenhuma vantagem significativa em destinar cada uma dessas etapas a um trabalhador diferente.

Qual teria sido então a real vantagem do parcelamento das atividades laborativas durante a primeira revolução industrial? A

“[...] divisão capitalista do trabalho, tal como se desenvolveu no *putting-out system*, aplicava, em suma, o princípio no qual as potências imperiais sempre basearam seu domínio: dividir para reinar” (MARGLIN, 1996, p. 49), de modo a retirar dos trabalhadores o controle sobre o que produzem. Isso era mais evidente na primeira revolução industrial do que hoje, mas, de qualquer modo, “[...] o papel que a divisão do trabalho desempenha na manutenção da hierarquia social” (MARGLIN, 1996, p. 51) é ainda um aspecto relevante da produção social.

Somente com a segunda revolução industrial, ou seja, a partir de 1850, em que passou a ser necessário o concurso de grandes investimentos de capital fixo, a hierarquia social assumiu, por meio da disciplina da fábrica, tamanho automatismo que se tornou irrelevante ou impossível um só trabalhador ter conhecimento de todo o processo de produção, de modo que nunca teria condições de concorrer com o patrão¹⁷, este também progressivamente abstraído. Esse processo foi indispensável para consolidar o pensamento hegemônico atual de que quem produz e trabalha é o capitalista¹⁸, ou “investidor”, de modo que a existência do capital é condição para o trabalho, invertendo a lógica primordial de que o trabalho é que teria produzido a propriedade.

A diferenciação entre trabalho produtivo e improdutivo (sociedade ocupada), bem definida por Genovesi, permite uma reordenação das classes por novos critérios. O próprio trabalho produtivo passa a se desdobrar em novas categorias, como trabalho manual e intelectual, e, sucessivamente em novas hierarquias, como trabalhador efetivo e temporário, fixo e terceirizado. Essas sucessivas divisões do trabalho (meios de produção) intensificam

¹⁷ “[...] é falso atribuir importância primordial ao crescimento do capital fixo, aos custos elevados dos meios de produção, para explicar a proletarianização da força de trabalho [...]. De fato, a transformação do produtor independente em trabalhador assalariado aconteceu antes das máquinas se tornarem dispendiosas.” (MARGLIN, 1996, p. 55).

¹⁸ “A concepção de ‘trabalho’ como ‘melhoramento’ e produtividade, qualidades que pertencem menos aos trabalhadores que ao capitalista que as aciona, está no centro da ‘ideologia burguesa’ e se reproduz constantemente na linguagem da economia moderna, na qual os “produtores” não são os trabalhadores, mas os capitalistas.” (WOOD, 2011, p. 172).

a dependência mútua entre os indivíduos, por meio de novas e infundáveis relações de dependência, cujo liame passa a ser apenas o sistema de trocas. Desse modo, o dinheiro (valor de troca) passa a ser o elo que torna possível a divisão da produção, ao mesmo tempo em que incrementa a individualidade. Por esse processo, a divisão do trabalho traz liberdade, mas, também, dependência, cuja dinâmica estabelece uma crescente indiferença em relação a cada individualidade concreta. A divisão do trabalho, portanto, impulsiona o trabalho abstrato para patamares extremos. Esse é, resumidamente, um dos principais ensinamentos de Georg Simmel:

Para Simmel, divisão do trabalho e dinheiro são fenômenos contemporâneos em sentido enfático, isto é, eles possuem uma temporalidade sincrônica: o desenvolvimento da divisão do trabalho “anda de mãos dadas com a expansão da economia monetária” (p. 182). Poder-se-ia dizer que estamos aqui em uma arqueologia da modernidade, nos inícios da “Neuzeit”, com a divisão do trabalho e o dinheiro se expandindo cada vez mais em todos os domínios da vida. (WAIZBORT, 2000, p. 151).

Não se pode perder de vista, entretanto, que essa camada arqueológica se sobrepõe a outras precedentes, pois a divisão do trabalho e a expansão monetária decorreram da crescente e paradoxal mercantilização da terra, do trabalho e da moeda. A mecanização desses processos e a indiferença quanto a seus efeitos são características ligadas à fetichização da mercadoria, porquanto a troca abstrata atrai toda a adoração e oculta o trabalho socialmente produzido e a hierarquização social que estabelece constantemente novas formas de exploração, assim como as opções políticas tomadas. Tudo é engendrado como se fosse um processo “natural” e inevitável, em esquemas compartilhados objetivamente e de modo pré-reflexivo.

A divisão de trabalho, por essa perspectiva, nada mais é do que uma constante readaptação da organização do trabalho que visa a tornar possível a troca por meio de um sistema despótico (“manda quem pode e obedece quem tem juízo”). Como destacam Pigon e Querzola (1989, p. 117-118):

A organização do trabalho, por mais científica que seja, não consegue evidentemente diminuir o preço dos meios e aumentar o preço dos produtos. Resta o preço do trabalho. Conseguir diminuí-lo, ao menos relativamente, é questão de método: é sabido que essa grande ideia animou Taylor até seu último suspiro.

A organização do trabalho, como meio de aumentar a produtividade sob o prisma do capital, tem assim dois objetivos: aumentar a eficácia do processo de produção e diminuir relativamente o preço do trabalho.

Esses dois objetivos são interdependentes, pois o aumento da eficácia do processo de produção só pode ser aferido pela diminuição do custo do trabalho. É justamente essa a lógica que preside todo o processo de terceirização e os mecanismos correlatos de precarização da mão de obra, ou seja, trata-se de renovar a disciplina social. Essa tendência de conduzir o custo do trabalho ao nível mais próximo possível de zero permeia todas as políticas de trabalho adotadas desde a escravidão moderna.

Para compreender esse fenômeno, parece ser muito útil a descrição que Vatin faz da passagem realizada do final do século XIX e início do século XX da mecânica industrial para a química industrial. A mecanização gera uma alteração substancial daquele sentido estrito de trabalho, tido como correspondente a uma relação entre homem e natureza. No processo de mecanização, o homem é inserido no processo maquínico, e não é a máquina que se integra a um processo humano, aspecto que passa a ser mais significativo a partir do momento em que os processos industriais cada vez são mais associados ou dependentes de grandes processos químicos, como aqueles mais visíveis na indústria petrolífera.¹⁹ Essa mudança afeta

¹⁹ A indústria fordista, portanto, já estava de algum modo inserida no projeto de aumento da fluidez, condição para a continuidade da lógica especulativa do capital. Como bem observou David Harvey (1992, p. 303), “A modernidade fordista está longe de ser homogênea [...] tudo isso gira em torno de um projeto social e econômico de Vir-a-Ser, de desenvolvimento e transformação das relações sociais, de arte áurica e de originalidade, de renovação e vanguardismo.” Assim, embora a diferenciação entre fordismo e toyotismo ainda tenha efeito heurístico, a noção de fluidez produtiva como

substancialmente a atividade humana, pois “[...] quando o homem tem apenas uma função de vigilância-controle, o trabalho desaparece, uma vez que o processo se torna completamente autônomo face à atividade humana.” (VATIN, 2002, p. 161).

Quanto mais automatizada é a sociedade, menos o trabalhador pode perceber a mercadoria que produz e menos conhece as matérias-primas introduzidas no processo. Esse grau de automatismo, entretanto, varia significativamente de país para país, de região para região, de atividade econômica para atividade econômica e de empresa para empresa, de sorte que os efeitos variam constantemente. Não se trata, portanto, de uma atividade natural do homem, mas de uma política deliberada e com diferentes gradações geopolíticas.²⁰ Quanto mais seja possível reduzir a atividade laboral a mero controle automático (a atividade-fim como intuitivamente detectou o Tribunal Superior do Trabalho - TST - ao editar a Súmula 331), mais é necessário pessoal próprio para realizá-lo. As tarefas não automatizáveis são eliminadas, não por mera questão de custo, mas para obter importantes efeitos simbólicos. É interessante e confirmada pela realidade social a observação de Vatin (2002, p. 162-163):

Para nos cingirmos às indústrias de processamento que constituem a base deste trabalho, encontramos aí ainda numerosas tarefas não automatizadas cuja execução não pode reduzir-se a uma simples vigilância (manutenção, limpeza, eliminação dos detritos etc.). Ora, é surpreendente observar que, embora estas tarefas subsistam concretamente, elas são simbolicamente eliminadas porque colocadas em regime de subcontratação. Quanto mais avançada é a automatização, mais abstrata é a função de vigilância-controle e mais sistemática é a subcontratação de todas as outras funções produtivas.

elemento interno do capitalismo parece ser mais capaz de explicar as tendências de diminuição da autonomia do indivíduo, tendência essa que o toyotismo parecia reverter.

²⁰ “Se a ‘exteriorização’ por intermédio da subcontratação, dependente da ‘interiorização’ do pessoal, próprio com um estatuto forte, é uma prática generalizada nas indústrias de produção automatizadas, os efeitos são variados consoante os níveis de automatização atingidos.” (VATIN, 2002, p. 203).

Se ainda não é possível eliminar todo trabalho que não esteja acoplado diretamente à máquina, tornou-se estratégico eliminar simbolicamente todo o trabalho mais diretamente humano, todo aquele trabalho classificado como atividade-meio, aquele que pode ser exteriorizado (terceirizado). “A subcontratação surge então como um corolário complexo e contraditório do modelo de fluidez: para assegurar a fluidez, torna-se de algum modo necessário ‘negá-la’ ao instaurar um fracionamento.” (VATIN, 2002, p. 202).

Pode parecer contraditório que as atividades mais automatizadas e que exijam menos trabalho humano (pessoal fixo) sejam mais bem remuneradas do que as atividades terceirizadas ou subcontratadas (flexíveis e fluídas), mas essa é uma exigência explícita da racionalidade econômica. Como explica VATIN (2002, p. 162), os

[...] primeiros estão protegidos porque não se exige deles ‘trabalho’ mas antes uma disponibilidade que se paga caro, uma vez que ela não pode ser controlada e deve, assim, ser interiorizada; os segundos estão desprovidos desta proteção na medida em que não estão no cerne da gestão dos riscos.

Essa lógica não fica restrita ao setor tradicionalmente tido como industrial. Não se trata de uma racionalidade de um ramo de atividade, mas um efeito sistêmico da racionalidade econômica. Essa tendência pode ser percebida em uma grande gama de serviços que, quanto mais automatizados, mais permitem distinguir as funções de controle (atividade-fim) das funções naturais (atividade-meio), ao mesmo tempo em que elimina, simbolicamente e das estatísticas, toda ocupação que não possa produzir valor de troca.²¹

²¹ “Ao longo do século XX, o trabalho (*labour*), ou seja, a ocupação (*work*) com valor de troca, foi colocado num pedestal, enquanto toda a ocupação (*work*) que não era trabalho (*labour*) foi desconsiderada. Assim, qualquer ocupação (*work*) realizada pela sua utilidade intrínseca não aparece nas estatísticas do trabalho (*labour*) ou na retórica política. Além do seu sexismo, isto é também, por outras razões, indefensável.” (STANDING, 2014, p. 211).

As funções de vigilância-controle sempre estiveram associadas principalmente às indústrias de fluxo (VATIN, 2002, p. 169), pois estas retiram o trabalho humano do cerne do processo produtivo. Sucede que essa é uma tendência generalizada no mundo contemporâneo, porquanto todas as atividades produtivas, inclusive aquelas denominadas de terceiro setor, tendem a ser assimiladas a uma indústria de fluxo. “A finalidade da produção fluída é a eliminação total do trabalho humano.” (VATIN, 2002, p. 184). Isso explica também porque o controle dos fluxos informacionais, cada vez mais associado à Internet e aos meios comunicacionais integrados, tornou-se uma arma vital na batalha competitiva, até o ponto que as empresas mais rentáveis são aquelas que se encontram à frente desse *front*.

As novas tecnologias de informática tendem a transformar os serviços em processos industriais típicos, tornando tênues as fronteiras entre os setores primário, secundário e terciário e aproximando toda a sociedade de um mesmo modelo fluído de trabalho abstrato. Um exemplo evidente dessa tendência pode ser observado na automatização dos serviços judiciários. Conquanto se trate de serviços, sua atividade cada vez mais maquínica e a automatização de seus processos de trabalho tendem a centralizar as atividades em poucas funções de controle (juízes, advogados sêniores etc.), bem remuneradas porque não podem ser controladas, e uma gama enorme de subcontratados (assistentes, parceiros, associados etc.), estes últimos tendendo a uma casca de autonomia que mascara sua extrema dependência do processo como um todo, associada a uma espessa volatilidade. Só são valorizadas as atividades imprescindíveis para o funcionamento da máquina a cujo resultado (produto) nem sequer os controladores possuem pleno acesso.

Essa eliminação simbólica do real trabalho humano é uma decisiva política de crescente maquinização da vida, segundo a qual é necessário ter menos pessoal para ter cada vez menos problemas com pessoal. A consequência dessa opção é o estabelecimento de um estatuto protetivo do centro produtivo, pelo qual se busca

integrar o núcleo, e uma exteriorização da periferia, relegada a modelos contratuais precarizados. As tarefas periféricas passam a ser aquelas efetuadas no local, mas que “[...] aparecem à empresa como ‘exteriores’ ao seu processo de produção próprio.” (VATIN, 2002, p. 203). Obviamente, a distinção entre custos (relativos ao núcleo de funcionamento) e despesas (todas as atividades exteriorizadas) é problemática e sistematicamente tensionada por uma tendência progressiva de reduzir ao mínimo possível a atividade humana necessária para controlar o núcleo da máquina, redução potencializada pelas tecnologias de inteligência artificial.

Esse processo de alienação afeta a todos e não apenas os subcontratados, pois mesmo os que exercem função de controle sofrem as doenças sociais contemporâneas que decorrem da irrelevância social de cada função, daí o aumento significativo da depressão, ansiedade, transtornos mentais e outras patologias associadas direta ou indiretamente a essa sensação de inutilidade. Essa sensação não se confirma apenas quando o trabalhador é dispensado e passa a ser irrelevante por não produzir valor de troca, mas o acompanha desde o momento em que se mecaniza.

3 TERCEIRIZAÇÃO E FLUIDEZ DO TRABALHO NO BRASIL

Um dos eixos daquilo que se denomina flexibilidade organizacional sempre esteve vinculado à exteriorização do trabalho, seja o trabalho empresarial, seja o trabalho prestado diretamente pelas pessoas, e, em muitos casos, é quase impossível distinguir um do outro. Como se procurou demonstrar, essa flexibilidade esteve, desde seu início, ligada às atividades mais fluídas.

No Brasil essa flexibilidade esteve, de início, mais ligada à indústria da construção civil em decorrência do disposto no artigo 455 da CLT, que previa a possibilidade de subcontratação de empreiteiros. Conquanto essa regra nunca tenha ficado adstrita à construção civil, foi nesse ramo que obteve maior espaço para se propagar, principalmente em razão do impulso proporcionado pelos artigos 48 e 55 a 57 da Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Lei

sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias), que incentivou um forte parcelamento das atividades de construção, com o evidente objetivo de acelerá-las. Tornaram-se, a partir daí, cada vez mais comuns na construção civil sucessivas subcontratações e uma precarização de tal ordem que gerou um aumento recorde dos acidentes de trabalho na década de 1970.

Não é acidental que esse impulso tenha ocorrido a partir da ditadura militar de 1964, em virtude das ideias liberalizantes adotadas. Várias outras regras foram produzidas nessa época para induzir a flexibilidade, como a promovida pela Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, cujo artigo 2º permitia a redução na jornada de trabalho e nos salários dos empregados, desde que celebrada mediante acordo prévio com o sindicato dos trabalhadores. Os espaços para aplicação real dessa regra permaneceram reduzidos, mas renunciavam outras medidas flexibilizantes, como a instituição do Fundo de Garantia do Tempo do Serviço - FGTS (Lei n. 5.107/1966) - como mecanismo que quebra a estabilidade decenal, ou a Portaria 1002, de 29 de setembro de 1967, do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, posteriormente normatizada pela Lei n. 6.494/1977, que criou a figura do estagiário.

Significativamente, foi no setor público que surgiu a primeira referência explícita à descentralização como objetivo sistemático. O Decreto-Lei n. 200, de 25.02.1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabeleceu que:

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.

Embora essa alteração legislativa estivesse vinculada apenas à reforma administrativa do Estado, sua conexão simbólica com a esfera produtiva é inegável. A ideia de descentralização administrativa em um governo autoritário e centralizador só tinha sentido por ser propulsora de uma nova estrutura que valorasse positivamente toda exteriorização do sistema produtivo, pois, tanto no setor público como no privado, o fenômeno da descentralização é que induz a fluidez por meio da terceirização, intermediação, subcontratação, subempregada e outras formas flexíveis de contratação. A descentralização do Estado induziria a do setor privado.

Percebe-se um programa sistemático de flexibilização, que nem sempre consegue se impor contra práticas culturais persistentes, mas que busca criar fluidez onde seja possível. Desde o início até hoje, não se trata de adequar as leis à realidade, mas de transformar a realidade por meio da lei. É com esse escopo que se produz a Lei n. 5.811, de 11 de outubro de 1972, que, embora estivesse ligada apenas ao regime de duração do trabalho, destinava-se às “[...] atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos”, o que é significativo, por se tratar daquele gênero de atividades mais ligadas à fluidez produtiva. Fica explícito nessa lei (artigos 2º e 5º) que seu objetivo central era atender às necessidades de continuidade operacional, típicas da indústria química e relacionadas com sistemas de controle.

A abertura mais significativa à terceirização foi promovida pela Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que introduziu o trabalho temporário. Ao justificar seu projeto de lei, o Deputado João Alves sustentava que o trabalho temporário era uma “[...] necessidade social, como uma consequência mesmo do desenvolvimento econômico” e que não concorria com o trabalho permanente, além de proporcionar

[...] oportunidades de uma atividade produtiva a um grande contingente potencial de trabalhadores, marginalizados do mercado por condições próprias de vida e que, assim, não podem se engajar num trabalho permanente com a disciplina ordinária.

As semelhanças com o discurso que produziu a reforma trabalhista de 2017 não são acidentais e indicam um projeto que há décadas luta para se impor.

A Lei n. 6.019/1974 limitava a intermediação apenas para casos de necessidade transitória, mas isso serviu como impulso de fraudes e para sua extensão progressiva para outras áreas. Para tentar legalizar algumas dessas práticas, a terceirização foi ampliada pela Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983, que a estendeu para os serviços de vigilância bancária e previa a possibilidade de prestação por empresas especializadas (art. 3º, I), o que se tornou regra. Essa lei foi estendida ilegalmente para outras atividades, tais como as de limpeza, conservação e vigilância de empresas não bancárias.

A subcontratação tende, a partir daí, a ser a regra para atividades cuja fluidez permita a separação das atividades de controle. O critério sobre o que pode ou não pode ser terceirizado deixa de ser puramente legal e passa a ser, acima de tudo, organizacional, de modo que é visível que, ao mesmo tempo em que a terceirização se impõe naquelas indústrias, como a petroquímica, em que uma gama enorme de atividades não pode ser incorporada como atividades de mero controle, também passa a induzir a flexibilidade em outras atividades cuja organização, em princípio, não seguiria essa mesma lógica. Essa concepção atômica da organização produtiva sempre supõe mobilidade e readaptação, mas pressupõe um núcleo central que lhe dá sentido e ordem, núcleo esse que funcionava como força integradora e, ao mesmo tempo, redutora. Como explica VATIN (2002, p. 202):

[...] o fato de as empresas petrolíferas e petroquímicas recorrerem à subcontratação é, em nossa opinião, principalmente para constituir um núcleo homogêneo, colocando no exterior aquilo que não pode ser absorvido aí, em particular as tarefas “íngratas”, que são muitas vezes as menos bem pagas mas também as que não puderam ser integradas numa perspectiva de “carreira”.

A tendência de externalizar desse núcleo todas as tarefas ingratas tem como principal efeito a criação de uma ordem fragmentada com um sistema de dependências irreduzíveis, que torna possível pelo menos manter os níveis de crescimento econômico, ou seja, continuar a exploração de trabalho e natureza.

Do ponto de vista macro, os efeitos não podem ser mais benéficos, enquanto que a partir do ponto de vista micro o custo é evidente. Parodiando, diríamos que a brutalidade e a estupidez dos demais gera o bem-estar de todos. (DÍEZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 267).

As tensões que se criam nessa ordem são sufocadas pelo movimento tendencial de redução dos mais pobres a um novo nível de subsistência vital e de dívida real e simbólica, agora moldados por novas necessidades de consumo. Não deixam de ser preocupantes as semelhanças entre essa tendência ao isolamento social e de redução de largos extratos sociais ao nível de subsistência com aquelas que o homem livre do século XIX enfrentava em sua externalidade ao sistema produtivo. A descrição de Franco dos efeitos que essa externalização, durante o período escravocrata, provocava dá bem conta de seus perigos:

A definição do nível de subsistência em termos de mínimos vitais, a emergência de tensões em torno das probabilidades de subsistência e sua resolução através de conflitos irreduzíveis têm uma mesma e única matriz: a forma de inserção dessas populações à estrutura da sociedade brasileira, que as tornou marginais em relação ao sistema sócio-econômico numa terra farta e rica, e colocou-as, assim, a um só tempo, diante da quase impossibilidade e da quase desnecessidade de trabalhar. (FRANCO, 1983, p. 57).

É evidente que as condições com que hoje atuam essas tendências de externalização são muito diferentes das que se verificavam no século XIX, pois, naquela época, o referencial da escravidão é que moldava as condições de sobrevivência e a

irrelevância dos homens livres, e a mobilidade pelo território era sempre uma possibilidade disponível quando os mecanismos repressivos locais se tornavam insuportáveis. Agora, são as condições produtivas e a crescente maquinização produtiva e social que tornam irrelevantes um número crescente de pessoas.

A redução dos direitos laborais da periferia aparece como favor aos mais pobres, que, a partir daí, podem obter as condições mínimas de sobrevivência consumidora. Esse discurso assimilatório, entretanto, oculta a evidência de que os novos dependentes devem aniquilar seus predicados humanos para se submeterem, e que essa integração desintegra outras relações por meio de sucessivas desintegrações do núcleo protegido.

A resposta do Judiciário a essa tendência, de início, esteve acoplada ao cumprimento estrito da legislação. O TST normatizou, por meio da Resolução 04, de 22 de setembro de 1986, que, em realidade, coibia a terceirização:

Súmula 256/TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 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.

A resposta do TST constituiu importante freio a essa tendência, mas enfrentava o solo fluído que aos poucos pavimentava o sistema econômico. As atividades econômicas, já nos finais da década de 1980, tendiam a externalizar as atividades especializadas, como as de limpeza e as de manutenção industrial, e, alguns anos depois, essa mutação cobrou seu preço.

A Constituição de 1988 visava a romper com essa ordem desintegradora e impor mecanismos democráticos de solução para esses paradoxos impostos pela ordem produtiva, entre os quais a negociação coletiva. Os objetivos constitucionais, entretanto, ficaram esmaecidos pelo aumento significativo da fluidez social e

produtiva e pelas pressões de ordem financeira internacional, principalmente as relacionadas com a dívida externa. O fato é que, a partir de 1990, prosseguiram os projetos de aumento de flexibilidade, sempre justificados pela ideia de modernização e de adequação à nova ordem mundial. A Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998, por exemplo, instituiu regras flexíveis para a contratação por prazo determinado, embora tenha exigido sua estipulação por convenções e acordos coletivos.

A Justiça do Trabalho não poderia ficar à margem das pressões estruturais que incidiam sobre as relações de trabalho. Aumentou significativamente a quantidade de ações em que se questionava a legalidade de relações de emprego que se entremeavam entre o centro produtivo e as produções periféricas. Um dos exemplos mais comuns dessa tensão era a prestação de serviços de limpeza, para os quais não havia lei que autorizasse a terceirização. O resultado de toda a pressão estrutural foi a aprovação da Súmula 331 por meio da Resolução 23, de 17.12.1993, assim redigida:

Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

Observa-se que essa súmula buscou uma saída “realista” para condições de trabalho que se afastavam da legislação e, nesse aspecto, representou uma “modernização” favorável ao empresariado. A Súmula 331 do TST aliviou o rigor da Súmula 256 do TST, tornou lícita a terceirização dos serviços de limpeza e abriu significativa brecha ao admiti-la para a prestação de “[...] serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.” A partir daí, apenas dois critérios seriam utilizados para delimitar a licitude da terceirização: o primeiro seria a inexistência de “subordinação” direta ao tomador dos serviços, critério esse submetido cada vez mais a critérios abstratos e às percepções subjetivas dos juízes, progressivamente condicionadas pelas alterações econômicas em curso; o segundo, a atividade terceirizada não corresponder à atividade-fim, àquele núcleo controlado diretamente pela tomadora dos serviços.

Os meios empresariais, entretanto, não ficaram totalmente satisfeitos com essa Súmula, pois se estabeleceu uma responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, ainda que essa condição fosse mais favorável do que a prevista na lei, que era a da responsabilidade solidária (CLT, art. 455). Além disso, a súmula mantinha a ilegalidade da contratação por empresa interposta, que, na essência, sempre foi o principal objetivo dessa alteração estrutural, e associava intuitivamente essa ilegalidade ao critério da centralidade produtiva: só era possível terceirizar atividades-meio, ou seja, não seria possível naquele núcleo central do controle produtivo. Neste ponto, a insatisfação residia na inevitável insegurança que decorria da distinção jurisprudencial entre atividade-meio e atividade-fim.

A Resolução 96, de 11 de setembro de 2000, alterou o item IV da Súmula 331 que ficou assim redigido:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das

sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

O texto sublinhado corresponde ao acréscimo introduzido no item IV da Súmula 331 e gerou mais insatisfação, agora por parte da administração pública, ante a generalizada terceirização de inúmeras atividades públicas e o sistema de descumprimento das obrigações trabalhistas como mecanismo de concorrência nas licitações públicas.

Em 07.03.2007, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 pelo Governador do Distrito Federal, por meio da qual se questionava a interpretação conferida ao item IV da Súmula 331 do TST. Em 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal - STF - acolheu o pedido formulado nessa ação para decidir que “É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995.”

O TST, para adequar a Súmula 331 a essa decisão do STF, por meio da Resolução 174, de 24 de maio de 2011, deu nova redação ao item IV e inseriu os itens V e VI, que ficaram com o seguinte texto:

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, 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.

Essas alterações foram novamente limitadas por posteriores decisões do Supremo Tribunal Federal que, em decisão proferida em repercussão geral (STF Pleno, RE 760.931. Rel. Min. Luiz Fux, 26.04.2017), entendeu que “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.” (Tema 0246). Percebe-se que os tênues obstáculos impostos pela Súmula 331 do TST têm sido fustigados tanto pela pressão legislativa como pelo entendimento do STF, sempre afinado com o discurso da livre iniciativa e das “necessidades do mercado” globalizado.

É perceptível que uma exceção se transformou em regra por meio de uma moldagem que não é apenas econômica, mas também uma maquinização das consciências, que passam a conceber como aceitável apenas aquilo que mecânica ou organicamente funcione, desde que capaz de gerar valor de troca, instituindo uma marca simbólica sobre a massa crescente de subcidadãos.²² A absolutização da liberdade de contratar e de um direito natural à divisão do trabalho, ou seja, de gerar valor de troca, é o fundamento principal das decisões proferidas pelo STF. Um exemplo disso pode ser observado na decisão, cujo acórdão ainda não foi publicado, proferida no RE 958.252:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas,

²² “Em sociedades periféricas, como a brasileira, o ‘*habitus* precário’, que implica a existência de redes invisíveis e objetivas que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos, e isso sob a forma de uma evidência social insofismável, tanto para os privilegiados como para as próprias vítimas da precariedade [...]” (SOUZA, 2003, p. 176-177).

independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. (TST, Pleno, RE 958.252, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.08.2018.) (grifos nossos)

Na mesma data, foi julgada a ADPF 324, com o mesmo tema, cujo acórdão ainda não foi publicado, mas, da ata de julgamento, constou o seguinte:

O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. (STF, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30.08.2018). (grifos nossos)

Observa-se que a terceirização é concebida nessas decisões como equivalente da divisão de trabalho e, como um uso inconsciente da teoria de Durkheim, vista como um fundamento antropológico da sociedade, de sorte que nem sequer os “valores sociais do trabalho” (Constituição da República, art. 3º, IV) a antecedem. O processo de automatização das decisões judiciais faz com que, a partir de agora, o Tema 725 passe a ser utilizado para além do problema concreto verificado nas demandas, como se pode ver, por exemplo, no ARE 791.932 (Rel. Min. Alexandre de

Moraes, j. 11.10.2018, DJE 06.03.2019), que tratava da terceirização em *Call Center* de empresas de telecomunicações:

3. É nula a decisão de órgão fracionário que, ao negar a aplicação do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/1997, com base na Súmula 331/TST, e declarar ilícita a terceirização de atividade-fim, reconhece a existência de vínculo trabalhista entre a contratante e o empregado da contratada, pois exerceu controle difuso de constitucionalidade, declarando a parcial nulidade sem redução de texto do referido dispositivo sem observar a cláusula de reserva de Plenário. AGRAVO PROVIDO.

4. O PLENÁRIO DA CORTE declarou parcialmente inconstitucional a SÚMULA 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (STF, Pleno, ARE 791.932, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11.10.2018, DJE 06.03.2019.)

Observa-se que todas as normas infraconstitucionais passam a ser interpretadas por um novo padrão abstrato fixado no Tema 725, como o inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/1997, que assim está redigido:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Esse texto não afirma que a concessionária pode contratar terceiros para realizar qualquer atividade sua, mas o STF passou a entender que o tribunal que empreste a esse dispositivo qualquer outra interpretação contrária ao Tema 725, sem declarar previamente a inconstitucionalidade da regra legal, o que é impossível porque toda terceirização é sempre constitucional, viola

a cláusula de reserva de plenário. O comando sub-reptício corresponde a um controle autoritário da hermenêutica: os juízes e tribunais não podem declarar o vínculo de emprego com o tomador de serviços em nenhum tipo de terceirização, quaisquer que sejam as condições do caso concreto, pois a terceirização é uma lícita divisão de trabalho, uma realidade evidente (um fato normativo incondicionado), ainda que a maioria fique com a pior parte.²³ O STF não decidiu sobre a constitucionalidade ou não do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/1997 ou sobre a ilegalidade da decisão da turma do TST que negou vigência a esse dispositivo sem afirmar expressamente sua inconstitucionalidade, mas estabeleceu uma regra abstrata, qual seja, a licitude de qualquer terceirização e não apenas daquela discutida nos autos.

Poder-se-á objetar, e com razão, que o STF não foi tão longe em suas decisões, pois não se afirmou em nenhum momento que o juiz está impedido de, observadas as condições concretas do caso, reconhecer a existência de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. O problema é que, ao transformar-se em prolator de textos gerais e abstratos, por meio de súmulas e teses, o Judiciário acaba por abranger hipóteses não previstas e a induzir a máquina judiciária a adotar seus textos sem acoplá-los à realidade dos casos concretos. O precedente se transforma em excedente de sentidos.

É nesse clima que, pouco depois das decisões do STF, o Executivo editou o Decreto Federal n. 9.507, de 21 de setembro de 2018, e revogou o Decreto n. 2.271/1997. Pela primeira vez se estabeleceu uma distinção entre as hipóteses de terceirização na administração direta, autarquias e fundações públicas (art. 3º) e nas empresas estatais e subsidiárias (art. 4º). O claro objetivo é incentivar o aumento da terceirização, principalmente nas estatais, e restringir o que não poderá ser terceirizado. A terceirização, entretanto, já era amplamente adotada nas sociedades de economia mista e empresas

²³ “O que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas, por isso mesmo tanto mais eficazes que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos profundos e invisíveis.” (SOUZA, 2003, p. 175).

públicas, e isso é problemático em quaisquer serviços públicos, pois grande parte da contratação por esse meio é realizada como forma de violar a regra constitucional (art. 37, II) de obrigatoriedade de concurso público para se ocuparem empregos, cargos e funções públicas. As decisões do STF certamente estimulam o uso fraudulento de terceirizações para que a administração pública procure fugir das regras mais rígidas do concurso público e, conseqüentemente, da moralidade e da impessoalidade.

Essa pressão autoritária pelo controle dos sentidos dos textos jurídicos tende a produzir um efeito asfíxiante sobre toda a estrutura, a produzir efeitos teratológicos na interpretação das normas infraconstitucionais e a obnubilar inúmeros preceitos legais, inclusive os introduzidos pela reforma trabalhista (Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017). Uma das regras mais questionadas entre as introduzidas por essas leis certamente será o artigo 4º-A da Lei n. 6.014/1974, que passou a ficar assim redigido:

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.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (grifos nossos)

Esse texto e as decisões proferidas pelo STF no RE 958.252 e na ADPF 324 sustentam que é lícita a “terceirização de atividades”, mas não afirmam ser possível a intermediação de mão de obra. Seria possível contratar terceiro para prestar serviços inerentes às atividades da empresa, mas isso não significa dizer que a empresa pode desempenhar e dirigir suas atividades por meio de pessoas

fraudulentamente contratadas por terceiros. A interpretação mais razoável é a de que a licitude da terceirização depende da efetiva “divisão do trabalho”, ou seja, da separação das atividades da prestadora de serviços da empresa tomadora dos serviços. O critério central para verificar se houve no caso concreto essa separação seria a “direção” do trabalho e não mais a distinção entre o núcleo e a periferia da atividade econômica.

O cerne da controvérsia sobre a licitude da terceirização sempre esteve na possibilidade ou não de se separar a atividade contratada, pois o que esteve sempre em discussão é a existência ou não de fraude. Poder-se-ia pensar que o próprio mercado faria uma seleção natural do núcleo que não pode ser terceirizado, e no qual seriam mantidos os melhores salários e as oportunidades de carreira, e os agregados, as atividades precarizadas e subalternas a serem delegadas a terceiros e submetidas ao mínimo existencial. O problema é que não há linhas divisórias precisas e, por questões concorrenciais, muitas vezes os trabalhos relativos ao núcleo produtivo são formalmente transferidos a terceiros, embora em realidade continuem a ser dirigidos pelo tomador dos serviços. O reconhecimento da existência de relação de emprego diretamente com o tomador dos serviços nesses casos estaria em desacordo com o Tema 725 do STF?

Há uma posição contraditória dos estados modernos, que incentivam a precarização e, ao mesmo tempo, precisam resolver seus problemas tributários, principalmente da Previdência Social por meio da tributação da remuneração do trabalho. Exclui-se significativa parte dos trabalhadores do sistema protetivo e, ao mesmo tempo, busca-se o aumento da arrecadação, imaginando-se que isso ocorrerá por meio de um aumento dos postos de trabalho. O que se verifica é, entretanto, a diminuição da massa salarial sujeita à tributação, pois o efeito mais forte é o aumento da informalidade. Essa contradição é que gera nas políticas legislativas e nas decisões judiciais a percepção de que a “solução final” seja liberalizar totalmente o trabalho para o nível em que não exista ninguém contratado formalmente.

Sob a roupagem de novas técnicas de gestão, retorna-se ao esquema liberal da absoluta liberdade de contratação, e a terceirização passa a ser vista como meio de incremento da produtividade e como oportunidade de trabalho para muitos trabalhadores atualmente excluídos do sistema produtivo. Não há nenhum indício, entretanto, de que a terceirização aumente a produtividade e a competitividade. Ao contrário, há maior probabilidade de uma redução da produtividade em virtude da maior circulação da mão de obra e das limitadas possibilidades de obter entre os terceirizados o aumento espontâneo dos produtos e serviços. O que é evidente é que a terceirização se tornou um mecanismo fundamental para redução de custos, ou seja, um mecanismo que segue as políticas anti-inflacionárias adotadas desde a década de 1980 e que, nas condições brasileiras, tende a reduzir o custo da mão de obra a um limite inferior ao da subsistência e a generalizar a informalidade. O correspondente à redução desses custos repercute na diminuição significativa de salários na base social, com o aprofundamento das desigualdades e a precarização das relações de trabalho.

Não deixa de ser curioso que esse forte movimento desintegrador se verifique em época na qual o trabalho, ainda que em sua forma mais abstrata, seja valorizado como nunca o foi antes. Como diz Vatin:

Para a economia moderna, o trabalho é o bem mais precioso e, por isso, é exageradamente economizado. Uma fração crescente da população dos nossos países “desenvolvidos” está colocada perante uma ordem esquizóide, uma “dupla condicionante”, que consiste em exigir dela um trabalho que não se lhe pode fornecer. É necessário aliviar este torno: reduzir o tempo de trabalho, reorganizar as atividades sociais, reordenar o ciclo de vida, construir novas sociabilidades etc. (VATIN, 2002, p. 24).

Essa é uma percepção contrária à ordem hegemônica, porquanto, à esquerda e à direita, estabeleceu-se a ideologia de que o importante é avançar na produção, no aprofundamento

tecnológico e na liberalização contratual como condição para se adquirir cidadania. O aumento da quantidade de trabalho seria consequência dessa ordem. Isso é repetido, embora seja evidente que nunca a humanidade despendeu tamanha quantidade de trabalho como hoje.

A encruzilhada em que se encontra o trabalho atualmente no Brasil não é das mais simples de ultrapassar. Exportador de matérias-primas baratas e de mão de obra qualificada; importador de produtos industrializados e sem condições de absorver a mão de obra disponível, com ou sem qualificação, não consegue articular projetos duradouros de educação e de desenvolvimento. Essas condições são as ideais para estabelecer crenças totalitárias, como a de que apenas o mercado pode regular a atividade econômica, esquecendo-se de que tanto a atividade econômica como o mercado nada mais são do que criações do próprio homem, instituições que decorrem das opções que tomamos na vida em sociedade ou que são tomadas por nós, à nossa revelia.

4 CONCLUSÕES

O trabalho precarizado, *part-time*, terceirizado, subcontratado, informal ou autoempregado faz parte da subordinação do trabalho assalariado ao regime capitalista, é fonte de criação de valor de troca, mas instaura novas formas de hierarquia social e não novos mecanismos de solidariedade. Não há nas modalidades precárias de trabalho mera possibilidade de alienação, mas imposição do mundo das trocas mercantis que cada vez mais constituem o único campo de possibilidades para o homem, formas atualizadas de servidão.

A objetivação do trabalho, sua exteriorização em relação aos sujeitos que o produzem, é uma necessidade do sistema produtivo e se baseia ideologicamente em uma suposta tendência do homem à divisão do trabalho, ou seja, de si mesmo. A divisão das atividades humanas tinha, inicialmente, como finalidade impor a lógica imperialista de dividir para reinar, de modo a retirar dos trabalhadores o controle sobre o que produzem, mas depois passa a se associar a

uma fluidez organizacional e a incorporar a distinção entre o controle central e a periferia externalizada. A periferia é esse resto humano que não pode ser incorporado como mera atividade de controle-vigilância e precisa ser simbolicamente eliminada.

Por esse processo, o trabalho produtivo passa a se desdobrar em novas categorias dualísticas, como trabalho manual e intelectual, e, a partir daí, em novas hierarquias, como trabalhador efetivo e temporário, fixo e terceirizado. Essas sucessivas divisões do trabalho (meios de produção) intensificam a dependência mútua entre os indivíduos, por meio de novas e infindáveis relações de dependência, cujo liame passa a ser apenas o sistema de trocas.

O aumento da fluidez organizacional no Brasil, induzido pelo Estado a partir da ditadura de 1964, faz parte do processo geral de exteriorização de todo o sistema produtivo, que começa na modernidade como exteriorização de si mesmo. Esse longo processo de adaptação, que induz à terceirização, intermediação, subcontratação, subempreitada e outras formas flexíveis de contratação, estabelece novas hierarquias e, conseqüentemente, novas relações de subalternidade. Esse aspecto assume contornos mais tortuosos em países como o Brasil nos quais as políticas públicas tiveram por finalidade extrair do trabalho a riqueza das nações pela estimulação de formalidade e de informalidade.

Essa tendência decorre de uma mercantilização absoluta da atividade humana e da ideia de que a divisão do trabalho seja um elemento natural da sociabilidade humana. A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 958.252 decorre dessa absolutização da liberdade de contratar e de um suposto direito natural à divisão do trabalho. Terceirizar passa a ser concebido como equivalente à divisão do trabalho.

Por esse movimento, uma exceção se transforma em regra por uma moldagem que não é apenas econômica, mas também uma maquinização das consciências, que passam a conceber como aceitável apenas aquilo que mecânica ou organicamente seja capaz de gerar valor de troca, instituindo uma marca simbólica sobre a massa crescente de subcidadãos.

O critério sobre o que pode ou não pode ser terceirizado deixa de ser puramente legal e passa a ser, acima de tudo, organizacional. A tendência de externalizar todas as tarefas ingratas tem como principal efeito a criação de uma ordem fragmentada com um sistema de dependências irreduzíveis, que torna possível pelo menos manter os níveis de crescimento econômico, ou seja, continuar a exploração de trabalho e natureza.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO BENITO, Luis Enrique. *La crisis de la ciudadanía laboral*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2007.

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.

BASTIDE, Roger. Mythologie. In: POIRIER, Jean (dir.) *Ethnologie générale*. Paris: Gallimard, 1968. p. 1.037-1.090.

BATALHA, Cláudio Henrique de Moraes. Limites da liberdade: trabalhadores, relações de trabalho e cidadania durante a primeira república. In: LIBBY, Douglas; FURTADO, Júnia Ferreira (org.). *Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVII e XIX*. São Paulo: Annablume, 2006. p. 97-110.

CARNELUTTI, Francesco. *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*. *Rivista del diritto Commerciale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Anno XI, n. 5, p. 354-394, 1913.

DÍEZ RODRÍGUEZ, Fernando. *Homo faber: historia intelectual del trabajo, 1675-1945*. Madrid: Siglo XXI, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. Tradução de Paola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1972.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 3. ed. São Paulo: Kairós, 1983.

FRENCH, John D. As falsas dicotomias entre escravidão e liberdade: continuidades e rupturas na formação política e social do Brasil moderno. In: LIBBY, Douglas; FURTADO, Júnia Ferreira (org.). *Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVII e XIX*. São Paulo: Annablume, 2006. p. 75-96.

GENOVESI, Antonio. *Lezioni di commercio o sia d'economia civile. Bassano: a spese Remondini, 1769*.

GOFF, Jacques Le. *Il corpo nel Medioevo*. Traduzione di Fausta Cataldi Villari. Roma-Bari: Laterza, 2007.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1992.

JAPPE, Anselm. *As aventuras da mercadoria: para uma crítica do valor*. Tradução de José Miranda Justo. 2. ed. Lisboa: Antígona, 2013.

KURZ, Robert. *A crise do valor de troca*. Tradução de André Villar Gomez e Marcos Barreira. Rio de Janeiro: Consequencia, 2018.

LAZZARATO, Maurizio. *Signos, máquinas, subjetividades*. Edição bilíngue. Tradução de Paulo Domenech Lencastre. São Paulo: Edições Sesc, 2014.

LINDEN, Marcel van der. *Trabalhadores do mundo: ensaios para uma história global do trabalho*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Magia, ciência e religião*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1988.

MANDEVILLE, Bernard. *La fabula de las abejas: o los vicios privados hacen la prosperidad pública. Comentario crítico, histórico y explicativo de F. B. Kaye*. Traducción de José Ferrater Mora. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997.

MARGLIN, Stephen A. Origem e funções do parcelamento das tarefas: para que serem os patrões? In: GORZ, André (org.). *Crítica da divisão do trabalho*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 37-77.

MARX, Karl Heinrich. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. Tradução de Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2013.

MIATELLO, André. O rei e o santo: tratado político e hagiografia em João de Salisbury. *Revista Signum*, 2010, v. 11, n.1, p. 155-176.

PIGNON, Dominique; QUERZOLA, Jean. Ditadura e democracia na produção. In: GORZ, André (org.). *Crítica da divisão do trabalho*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 91-138.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas, volume I*. Introdução de Edwin Cannan. Tradução de Luiz João Barúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução de Carlos Braga e Ana Maria Braga. Lisboa: Editorial Presença, 2014.

VATIN, François. *Epistemologia e sociologia do trabalho*. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

WAIZBORT, Leopoldo. *As aventuras de Georg Simmel*. São Paulo: Editora 34, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *El moderno sistema mundial I: la agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*. Traducción de Antonio Resines. Siglo XXI, 2016.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011.

TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA: A MERCANTILIZAÇÃO DO SER HUMANO*

UNRESTRICTED OUTSOURCING: THE COMMODIFICATION OF THE HUMAN BEING

Gabriela Bins Gomes da Silva**

RESUMO

O presente artigo objetiva contextualizar, brevemente, o processo que culminou com a publicação das Leis n. 13.429/2017¹ e 13.467/2017², as quais legitimaram a terceirização ampla e irrestrita no Brasil. Pretende-se realizar uma análise crítica das principais inovações legislativas a fim de demonstrar a prevalência dos valores de mercado em detrimento dos valores de justiça social. A partir dessa constatação e diante da regulamentação posta, almeja-se

* Artigo enviado em 31.01.2019 e aceito em 13.03.2019.

**Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Trabalho da 3ª Região. Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *E-mail*: gabriebs@trt3.jus.br.

¹ Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

² Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

desenvolver teses interpretativas que levem em consideração o ordenamento jurídico como um todo e a efetiva aplicação dos direitos trabalhistas constitucionalmente consagrados, dos princípios que norteiam esse ramo jurídico e das Convenções e Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos. Tendo em vista a complexidade da questão que envolve a terceirização e sua recente regulamentação, este artigo não tem a pretensão de esgotar a análise do tema, mas se justifica pela sua contribuição para a promoção da dignidade do ser humano e do respeito aos direitos sociais.

Palavras-chave: Terceirização. Flexibilização. Interpretação sistemática. Justiça social.

ABSTRACT

The present article aims to contextualize, briefly, the process that culminated in the publication of Laws 13.429/2017 and 13.467/2017, which legitimized extensive and unrestricted outsourcing in Brazil. It is intended to carry out a critical analysis of the main legislative innovations in order to demonstrate the prevalence of market values to the detriment of values of social justice. Based on this observation and in response to the rules set forth, it is intended to develop interpretive theses that take into account the legal system as a whole and the effective application of the constitutionally consecrated labor rights, the principles that guide this legal branch and the human rights International Conventions and Treaties. Given the complexity of the issue of outsourcing and its recent regulation, this article does not pretend to exhaust the analysis of the subject, but it is justified by its contribution to the promotion of the dignity of the human being and respect for the social rights policies.

Keywords: Outsourcing. Flexibilization. Systematic interpretation. Social justice.

1 INTRODUÇÃO

Segundo o professor e historiador literário Alfredo Bosi (BOSI, 1992), datas são pontas de *icebergs*, que escondem mais do que revelam. Essa figura de linguagem se aplica às datas de 31 de março e 13 de julho, ambas do ano de 2017, que assistiram à publicação das Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017. As referidas leis alteraram dispositivos da Lei n. 6.019/1974 (assim como acrescentaram outros à citada lei), a qual disciplinava apenas o trabalho temporário. A partir dessas datas, essas leis passaram a disciplinar também a terceirização em sentido estrito.

O que as datas citadas escondem - para retomar a metáfora do *iceberg* - é um processo lento e contínuo, fruto da globalização capitalista e da mercantilização das relações sociais, o qual tem culminado com o desmonte da legislação trabalhista. Nesse contexto, direitos são considerados privilégios, e o trabalhador, apenas um meio de produção, um custo a mais a ser diminuído pelo capitalista. Assim, a possibilidade de “aluguel” de mão de obra, como se o ser humano mercadoria fosse, é um fenômeno que retrata bem o retrocesso social hoje denominado modernização.

Muitos doutrinadores (PASTORE, 2008; DALAZEN, 2011³) consideram a terceirização uma realidade irreversível por se tratar de uma prática cada vez mais utilizada a fim de se obter mão de obra especializada e aumentar a competitividade das empresas no mercado. O que se observa na prática, no entanto, é a utilização desse recurso principalmente para redução de custos e o conseqüente aumento da lucratividade. Economiza-se no que diz respeito ao treinamento e à capacitação dos trabalhadores; as jornadas são mais extensas, e os salários, mais baixos.

Ademais, basta um raciocínio simples para concluir que, se o contratante (tomador do serviço) e o prestador (empresa

³ Fala de João Oreste Dalazen, em seu discurso de abertura da audiência pública sobre terceirização realizada em 04 de outubro de 2011, quando ainda era presidente do Tribunal Superior do Trabalho. Dalazen foi ministro do Tribunal Superior do Trabalho de 1996 a 2017.

responsável por fornecer o serviço) têm que obter lucro com o mesmo contingente de trabalhadores, a tendência, para que “a conta feche”, é a redução do valor dos salários e dos benefícios dos empregados terceirizados. Sobre isso, veja-se comentário do professor de contabilidade Reginaldo Gonçalves, realizado pouco tempo antes da publicação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017:

O impacto do achatamento salarial reduziria o nível de atividade, prolongaria a recessão e diminuiria a arrecadação de tributos. Pode até ocorrer, num primeiro momento, um pífio aumento de postos de trabalho, mas com queda efetiva da massa salarial e nenhuma perspectiva de melhoria da qualidade da vida. Seria muito negativo para os trabalhadores e, mesmo que não se tenha avaliado isso, também para as empresas, pois cairia o consumo, afetando todas as cadeias produtivas. (GONÇALVES, 2017, *on-line*).

Ainda nesse sentido, e em atenção à saúde do ser humano que trabalha, o desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Wilson Fernandes dispôs:

Dos acidentes de trabalho no Brasil, cerca de 70% a 80% envolvem trabalhadores terceirizados. É um dado muitíssimo importante. É muito relevante porque o acidente de trabalho não é um problema só para o trabalhador, é um problema para a Previdência Social. O trabalhador afastado tem custos para a Previdência Social e esse dado está sendo ignorado. (FERNANDES, 2017, *on-line*).

Mesmo diante de tantas preocupações, as Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que serão analisadas neste artigo, foram publicadas e ampliaram as possibilidades de terceirização. Ocorre que uma lei não se encerra com a sua publicação - a interpretação que se dará ao novo diploma legal será determinante. É preciso ter como norte interpretativo a preservação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém, ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 1994, p. 1).

Uma lei não pode se pautar unicamente por interesses econômicos. É preciso reatar com a inspiração da Declaração de Filadélfia⁴, que dispõe que a economia e a finança devem estar a serviço dos princípios da dignidade humana e da justiça social e não o contrário.

Antes de iniciar a análise das leis propriamente ditas, chama-se atenção para a divisão, proposta pelo jurista Márcio Túlio Viana (2015), com fins didáticos, da terceirização. Visto que o fenômeno já era observado no meio empresarial antes mesmo de sua regulamentação, Viana, ao estudar o tema, propôs duas categorias de terceirização: a terceirização externa e a terceirização interna. A primeira ocorre quando a empresa exclui etapas de seu ciclo produtivo. Assim, a fábrica X, em vez de fabricar um automóvel inteiro, produz somente a estrutura, transferindo a fabricação dos bancos e dos demais acessórios para outras empresas (que, muitas vezes, até se localizam no mesmo raio de atuação da empresa-mãe). Já a segunda, a chamada terceirização interna, que será estudada com mais afinco, se dá quando a empresa internaliza empregados alheios, realizando praticamente um “aluguel” de mão de obra.

⁴ Publicada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 10 de maio de 1944.

Os argumentos favoráveis à terceirização irrestrita são sempre os mesmos, quais sejam: liberdade no exercício da atividade econômica, especialização da atividade produtiva, redução de custos, aumento da competitividade e modernização. Já entre os argumentos contrários há: a precarização de salários e de condições de trabalho, a mercantilização do ser humano, a fragilidade econômica de muitas das empresas prestadoras de serviço, o aumento dos acidentes de trabalho por falta de treinamento adequado e o maior inadimplemento de verbas trabalhistas. Além disso, sabe-se que os trabalhadores terceirizados costumam trabalhar em locais e horários diversos durante a semana, com jornadas superiores, condições que dificultam a programação da vida pessoal e familiar.

É importante ressaltar que, segundo a Constituição Federal, há de se conciliar a livre iniciativa com os valores sociais do trabalho (CF, 1988, art. 1º). Ademais, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais, e o Direito do Trabalho, com as limitações que costuma impor ao capital, colabora com o alcance desse objetivo ao garantir a distribuição de renda.

Vale lembrar ainda que o artigo 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Aliás, a importância do trabalho digno como instrumento para efetivação da paz e da justiça social e a vedação do labor como mercadoria ou artigo de comércio foram previstos já em 1919 no Tratado de Versalhes - assinado pelas potências europeias para encerrar oficialmente a Primeira Guerra Mundial - e repetidos pela OIT na Declaração de Filadélfia de 1944.

Mesmo diante da proteção ao trabalho prevista na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, as informações disseminadas pela mídia, em geral com discursos curtos, parciais e pouco aprofundados sobre temas relevantes, tais como a terceirização, propagam, com certa frequência, que os direitos trabalhistas são privilégios.

A solução apresentada para alavancar a economia em momentos de crise é a “modernização” da legislação, com o “corte” dos “privilégios” (direitos), a fim de garantir a lógica acumulativa do capital. Esse movimento produz, segundo o jurista Jorge Luiz Souto Maior,

[...] uma espécie de distribuição da miséria, baseada em fórmulas precárias de contratação, e não uma distribuição da riqueza, como deveria ser, conforme preconizado no projeto constitucional brasileiro. (SOUTO MAIOR, 2018, *on-line*).

2 NOVOS CONTORNOS TRAZIDOS PELAS LEIS N. 13.429/2017 e 13.467/2017

Tenta-se, de forma crítica, compreender, sem a pretensão de esgotar o tema, como ficou regulada a terceirização no Brasil após as recentes alterações legislativas. Primeiramente cabe ressaltar que, antes da publicação das Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017, havia um vazio legislativo em relação à terceirização, sendo que somente o trabalho temporário (espécie de terceirização) estava regulamentado na Lei n. 6.019/1974 para hipóteses restritas, quais sejam, atendimento da necessidade transitória de substituição do pessoal regular ou acréscimo extraordinário de serviços.

Assim, o Judiciário, diante do vazio legislativo, passou a admitir a prática da terceirização, mas com restrições. O entendimento foi consubstanciado na Súmula 331 do TST, segundo a qual a contratação de trabalhadores por empresa interposta, como regra, era considerada ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974); nos serviços de vigilância; nos serviços de conservação e limpeza, bem como nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Caso a terceirização preenchesse os requisitos da Súmula, seria considerada lícita, e a responsabilidade da empresa tomadora seria subsidiária.

Assim, uma instituição de ensino, por exemplo, poderia terceirizar a cantina, a limpeza, a vigilância (atividades-meio); contratar profissionais temporários para substituição dos regulares em situações determinadas (licenças, férias) e contratar profissionais temporários em caso de acréscimo extraordinário de serviços. Dessa maneira, jamais seria lícita a contratação permanente de seus professores (atividade-fim, termo que designa a atividade preponderante, objeto social da empresa) por empresa interposta, pois eles, por exercerem a atividade principal da instituição de ensino, deveriam ser contratados diretamente. Essa era a realidade até março de 2017.

Em março do referido ano, foi publicada a Lei n. 13.429/2017, que alterou a Lei do Trabalho Temporário (6.019/1974), a fim de ampliar as hipóteses de terceirização de serviços. A referida lei, além de modificar alguns dispositivos do instituto do trabalho temporário, regulou, de forma inédita, a terceirização. Alguns dispositivos dessa lei foram alterados pela Reforma Trabalhista meses após sua edição. Ainda assim, vale estudar o que de principal foi trazido pela Lei n. 13.429/2017 (ainda que modificado posteriormente) para entender o caminho adotado pelo legislador. Senão vejamos a redação do artigo 4º-A (dado pela Lei n. 13.429/2017 e depois modificado pela Reforma): “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.” (BRASIL, 2017).

Com a publicação da Lei n. 13.429/2017, iniciou-se a discussão acerca da licitude, ou não, de terceirização de atividade-fim. A redação do referido artigo, desde que nasceu, gerou dúvidas. A terceirização parecia ter sido ampliada, mas, ainda assim, havia uma limitação, pois, os serviços a serem terceirizados deveriam ser determinados e específicos. Ocorre que, a partir de uma análise mais minuciosa, observa-se que a intenção do legislador não era a de referendar o entendimento consubstanciado na Súmula 331, haja vista que, no texto original que inspirou o Projeto de Lei n. 4.302/1998 (posteriormente modificado), o preceito que deu origem ao artigo 4º-A *caput* apresentava a seguinte redação:

Art. 19. Considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado legalmente constituída, que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora de serviços. (BRASIL, 1998, grifos nossos).

Assim, como a redação encaminhada e aprovada pela Lei n. 13.429/2017 excluiu a parte final do dispositivo originário, essa mudança revelou a intenção do legislador de consolidar a terceirização irrestrita.

Apesar da intenção do legislador, o entendimento quanto à possibilidade de terceirização da atividade-fim ainda não havia se pacificado com a edição da Lei n. 13.429/2017. Parte da doutrina argumentou que a terceirização, por se tratar de uma excepcionalidade, deveria ser interpretada de forma restritiva, de maneira a privilegiar a relação bilateral direta entre quem presta o serviço e quem é beneficiado por ele.⁵ Outro argumento utilizado para defender que o tema ainda era passível de discussões foi a redação do artigo 9º, § 3º, da Lei n. 6.019/1974, também incluído pela Lei n. 13.429/2017 (mas que dispunha sobre o trabalho temporário): “§ 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.” (BRASIL, 2017, grifos nossos).

Assim, a não extensão expressa dos termos (atividades-meio e atividades-fim) ao artigo que versava sobre a prestação de serviço a terceiros (artigo 4º-A com redação dada pela Lei n. 13.429/2017 no qual se lê: “Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços

⁵ Por exemplo, Gustavo Filipe Barbosa Garcia escreveu: “[...] a terceirização não deve ser admitida em qualquer atividade da empresa contratante, justamente por ser exceção ao sistema, ao modificar o padrão jurídico bilateral da relação de emprego.” (GARCIA, 2017, *on-line*).

determinados e específicos”) deu brecha para que se falasse em um silêncio eloquente.⁶

Antes que fossem solucionadas as controvérsias apresentadas, sob as quais ainda pairavam intensas discussões doutrinárias, meses depois da publicação da Lei n. 13.429/2017, entrou em vigor a Reforma Trabalhista concretizada pela Lei n. 13.467/2017 que, entre outras modificações, deu nova redação ao recém-editado artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, fazendo-o de modo a não deixar mais dúvidas sobre a ampliação das possibilidades de terceirização. Senão vejamos:

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. (BRASIL, 2017, Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017, grifos nossos)

A atividade-fim nada mais é do que a atividade principal da empresa, segundo a própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.⁷ Portanto, o artigo supracitado dispõe que se considera prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, ou seja, atividade-fim, à empresa

⁶ Por exemplo, Fernando Maciel, em “Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario>. Acesso em: 16 jan. 2018. De igual modo, Vólia Bomfim Cassar, em “Breves comentários à Lei n. 13.429/2017 que altera a redação da Lei n. 6.019/1974 - Terceirização ampla e irrestrita?”. Disponível em: <https://www.facebook.com/VoliaBomfimCassar/posts/1111652638944852>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷ TST - 3ª T., A-RR n. 10378920115090652, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julg. em 24.09.2014 *in* DJe de 03.10.2014; TST - 4ª T., RR n. 1629520105030014, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, julg. em 04.03.2015 *in* DJe de 13.03.2015; TST - 5ª T., AI-RR n. 368-76.2011.5.01.0064, Rel. José Rêgo Júnior, julg. em 27.05.2015 *in* DJe de 05.06.2015 e TST - 3ª T., A-RR n. 31576.2012.5.03.0138, Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, julg. em 17.09.2014 *in* DJe de 19.09.2014.

prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. De tal modo, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017, a terceirização da mão de obra, em quaisquer de suas modalidades (temporário ou terceirização em sentido estrito), poderá atingir todos os setores da empresa.

Conclui-se que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, prevista no item III da Súmula 331 do TST, restou prejudicada uma vez que tal diferenciação só fazia sentido na medida em que terceirizar atividade-fim (diretamente ligada ao segmento principal de atuação da empresa) era considerado ato fraudulento.

Após a Reforma Trabalhista, passa a ser possível a terceirização em quaisquer atividades da empresa, mas permanece intacto o requisito que exige a ausência de pessoalidade e de subordinação para que a terceirização seja considerada lícita. Isso porque a empresa contratante convencionou serviços, e não pessoas, já que o ser humano não pode ser tratado como mercadoria. (Declaração de Filadélfia, da OIT, item I, “a”).

Ademais, a interpretação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 deve se dar levando-se em conta a Constituição de 1988, bem como toda normativa internacional da qual o Brasil é signatário, dotada de um viés humanístico e de vedação ao retrocesso social. Assim, caso fique demonstrada a subordinação (exemplo: a empresa tomadora dá ordens diretas e exerce controle pessoal sobre o trabalhador terceirizado) ou a pessoalidade existente entre empregado terceirizado e empresa contratante de serviços (exemplo: a tomadora exige sempre o mesmo empregado terceirizado, que não pode se fazer substituir por outrem), a terceirização será considerada ilegal e conseqüentemente será declarado vínculo direto entre contratante e empregado terceirizado.

De todo modo, como a terceirização deve envolver a prestação de serviços a terceiros e não o fornecimento de empregados por meio de empresa interposta, é cabível o entendimento de que os referidos serviços devem ter especificação no contrato (não sendo possível a contratação de empregados terceirizados para todo e

qualquer serviço), interpretação que corrobora o disposto no artigo 5º-B da Lei n. 6.019/1974, incluído pela Lei n. 13.429/2017, que dispõe que o contrato de prestação de serviços deve conter “[...] a qualificação das partes; especificação do serviço a ser prestado; prazo para realização do serviço, quando for o caso; valor.” (BRASIL, 1974; 2017).

Antes de passarmos para a análise mais detida de alguns outros pontos relevantes da lei, vale dizer que, independentemente do disposto na nova legislação, o instituto da fraude continua existindo na seara laboral. Segundo a professora Joselita Nepomuceno Borba, toda vez que a terceirização ou subcontratação for utilizada com o objetivo de precarizar as condições de trabalho será considerada fraudulenta, inteligência do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁸:

Portanto, o processo de externalização produtiva não passa pela noção de precarização das relações de trabalho. Adotada a subcontratação ou a terceirização com esse propósito será sempre ilícita, independentemente do tempo em que ocorreu a contratação, ou seja, antes ou depois do marco legal da terceirização. (BORBA, 2018, p. 43).

Nesse mesmo sentido, o jurista Márcio Túlio Viana defende que, quando a terceirização tornar precárias as condições materiais de trabalho (ele diz “materiais”, pois, segundo seu argumento, em algum sentido, a terceirização sempre precariza), ela será considerada ilícita e assim reconhecido o vínculo diretamente com a empresa tomadora de serviços, com responsabilidade solidária de ambas as empresas (VIANA, 2018).

Outro ponto a ser comentado é que a Reforma Trabalhista acrescentou um requisito para a terceirização de serviços. Ele está previsto no *caput* do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974. Esse requisito não era previsto na Súmula 331 do TST (que regulamentava a

⁸ Art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

terceirização), motivo pelo qual se deve atentar para essa novidade, qual seja, a presença da capacidade econômica da empresa prestadora de serviços (que não pode ser pessoa física, nem empresário individual; deve ser necessariamente pessoa jurídica).

De tal modo, a ausência desse requisito (capacidade econômica) leva ao reconhecimento do vínculo diretamente com a empresa contratante. Nesse ponto, vale lembrar os entendimentos consubstanciados nos Enunciados 78, 79, 96 e 97 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.⁹ Eles dispõem, resumidamente, que o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços já demonstra descumprimento do requisito da capacidade econômica, devendo a terceirização ser considerada ilícita.

Ainda segundo a interpretação consolidada nos enunciados supracitados, a capacidade econômica deve ser aferida tanto no ato da contratação como no curso do contrato. Essa aferição não se restringe à observância do capital social mínimo previsto no inciso III do artigo 4º-B da Lei n. 6.019/1974, pois este se trata de requisito de funcionamento da empresa de trabalho terceirizado, o que se difere da situação econômica positiva para adimplir todos os compromissos (em especial, as verbas trabalhistas) decorrentes da atividade contratada.

Essa interpretação torna-se relevante na medida em que, nos termos no § 1º do artigo 4º-A, a empresa prestadora de serviços poderá subcontratar outras empresas para realização desses serviços. Vale dizer que se criou a possibilidade de “quarteirização” do trabalho. Desse modo, para que os empregados não se vejam

⁹ Nos dias 09 e 10 de outubro de 2017, foi realizada a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho cujo tema foi a Reforma Trabalhista. A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foi um evento promovido pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), em parceria com outras entidades, e reuniu mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito que, divididos em oito comissões temáticas, debateram mais de 300 propostas sobre a nova norma. É importante lembrar que os enunciados não apresentam caráter vinculativo.

prejudicados com tantas subcontratações, as empresas que, porventura, forem prestadoras de serviços devem manter sua capacidade econômica e adimplir as obrigações trabalhistas, sob pena de todas as beneficiárias do serviço (tomadoras e prestadoras) responderem solidariamente.

3 A TERCEIRIZAÇÃO E A FRAGMENTAÇÃO DOS LAÇOS DE SOLIDARIEDADE

Sabe-se que o capital, por meio das terceirizações, encontrou uma maneira de produzir sem reunir e assim superar uma das mais importantes contradições do sistema. Isso porque, na época do binômio fordista/taylorista, a fábrica concentrava os trabalhadores em um ambiente verticalizado e homogêneo, proporcionando a criação de laços de solidariedade e a busca por melhores condições de labor. Agora o capital, flexível, é capaz de expropriar a resistência coletiva dos trabalhadores. Quando a terceirização é externa, os trabalhadores são espalhados em espaços físicos, empregadores e sindicatos diversos. Já na modalidade interna, eles também se segregam com modalidades de contrato, empregadores e sindicatos diferentes. Dessa forma, apesar de ocuparem o mesmo espaço físico, não se identificam, não compartilham as mesmas angústias e até concorrem.

Diante dessa realidade, passemos à análise do artigo 3º da Lei n. 6.019/1974, que reconhece a atividade da empresa de trabalho temporário e dispõe que ela integra o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o artigo 577 da CLT. Segundo o disposto neste artigo, os empregados efetivos da tomadora serão beneficiados por normas coletivas próprias do respectivo enquadramento sindical (de acordo com a atividade preponderante da empresa, por exemplo: os empregados efetivos do banco se beneficiam das normas coletivas celebradas pelos sindicatos dos bancários). Já os trabalhadores temporários gozarão das normas coletivas celebradas pelo sindicato dos empregados de empresas de serviços temporários, os quais costumam ser mais frágeis.

Nesse ponto, merece destaque o Enunciado 81¹⁰ da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (que não apresenta caráter vinculativo, mas expressa o posicionamento de parte da seara trabalhista nas questões que envolvem a Reforma), o qual interpreta a norma de forma a inserir na mesma categoria os trabalhadores temporários (terceirizados) e aqueles diretamente contratados, desde que realizem serviços ligados à principal atividade da empresa. Isso pelo princípio da igualdade e da não discriminação.

Caso esse entendimento não seja o aplicado, o professor Márcio Túlio Viana defende que, ao menos, procure-se desenvolver uma interpretação que assegure aos terceirizados, ainda que abrangidos por instrumentos normativos diversos, as mesmas condições de trabalho e salário dos trabalhadores da tomadora, caso estas se revelem mais benéficas (VIANA, 2018).

Diante da regulamentação do enquadramento sindical e da própria diferenciação de salário e condições de trabalho entre empregados diretos e terceirizados, observa-se que a terceirização pulveriza os trabalhadores, estimula a concorrência entre os pertencentes à classe operária e dificulta a formação dos vínculos de solidariedade. Trata-se de um processo de desintegração social que afeta sobremaneira a ação coletiva, minando a luta de classe e as ações voltadas para a transformação social.

¹⁰ Enunciado 81: TERCEIRIZAÇÃO: REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS TERCEIRIZADOS: “Presume-se como sendo da mesma categoria, e representados pelo mesmo sindicato profissional, todos os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela tomadora que realizem serviços relacionados à sua atividade principal. Inteligência que se extrai do interesse integrado e da atuação conjunta da empresa contratada e contratante, previstos no § 3º do artigo 2º da CLT, combinado com o conceito de categoria profissional decorrente do trabalho em comum em atividades econômicas similares ou conexas do artigo 511, § 2º, da CLT, e com a atividade preponderante conceituada no § 2º do artigo 581 da CLT.” Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 14 jan. 2019.

4 SAÚDE DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

Não podemos deixar de comentar o § 1º do artigo 9º da Lei n. 6.019/1974 (redação dada pela Lei n. 13.429/2017) que impõe à empresa tomadora o dever de garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores temporários, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado. Como se vê, nesse tema, o legislador andou bem e previu a responsabilidade da tomadora de serviços com relação a eventual dano, doença ou acidente de trabalho decorrente da execução do contrato de trabalho temporário.

Assim as duas empresas respondem solidariamente pela segurança, higiene e salubridade dos temporários. A empresa de serviço temporário responderá por ser a empregadora do trabalhador terceirizado, e a empresa tomadora por descumprir medida imposta por lei, que determina a garantia da segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores temporários.

Nesse mesmo sentido, há responsabilidade solidária entre a empresa tomadora e a empresa de trabalho temporário pelo adicional de insalubridade não pago ou dano daí decorrente, pois a lei prevê que a empresa tomadora deve garantir as condições de salubridade dos trabalhadores temporários.

Em relação ao acidente de trabalho, pode-se concluir que, nos contratos de terceirização e de trabalho temporário (espécie de terceirização), deve prevalecer a regra da responsabilidade solidária da empresa tomadora e contratante quanto aos danos sofridos pelos empregados das empresas de trabalho temporário e das empresas prestadoras de serviços.

Esse entendimento se baseia nas normas civilistas, que determinam a responsabilização solidária de todos aqueles que concorreram para o dano. São responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente em relação aos atos praticados “[...] por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; ainda que não haja culpa, por parte do empregador e do contratante.” (BRASIL, 2002, art.

932, III e art. 933). Ademais, como já dito, o artigo 942 do Código Civil determina a responsabilidade solidária de todos que afluíram para o ato ilícito causador do dano à vítima (autores e coautores) e o parágrafo único desse mesmo artigo deixa claro que a aludida responsabilidade solidária abrange todas as pessoas designadas no artigo 932 do CC, inclusive o empregador ou comitente em relação a seu preposto.

Ademais, quando uma empresa opta por transferir a terceiros a execução de sua atividade, tem a obrigação de avaliar minuciosamente se as contratadas têm capacidade técnica e econômica para assumirem tal responsabilidade. Nesse sentido, a tomadora, ao arcar com os riscos próprios do empreendimento, assume também a responsabilidade pela segurança e saúde dos terceirizados, de modo que, se ocorrer um acidente de trabalho, pode-se caracterizar a culpa *in contrahendo* ou culpa *in eligendo* da tomadora e ela ser responsabilizada solidariamente pelos danos causados.

Senão, veja-se como foi disciplinada a matéria no que se refere ao atendimento médico ou ambulatorial e à alimentação dos trabalhadores terceirizados. Dois artigos da lei disciplinam o assunto de maneira diversa. O artigo 4º-C, I, nas alíneas “a” e “c”, assegura aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições dadas aos empregados efetivos no que diz respeito à alimentação em refeitórios e ao atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou no local por ela designado.

Ocorre que o artigo 5º-A, § 4º, dispõe que a contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados.

Pelo conflito de normas (uma delas estabelece uma obrigação e a outra apresenta o tema como uma faculdade), aplica-se o princípio da norma mais favorável, qual seja, o artigo 4º-C, I, alíneas “a” e “c”, em detrimento do artigo 5º-A, § 4º. Outro critério que pode ser utilizado para garantir aos empregados terceirizados atendimento médico, ambulatorial e de refeição equivalente ao fornecido aos empregados efetivos é o princípio da não discriminação. De tal modo,

como os trabalhadores temporários (uma espécie de trabalhador terceirizado) têm direito ao mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos empregados efetivos (artigo 9º, § 2º), essa diferenciação no tratamento entre terceirizado em sentido estrito e temporário é discriminatória e inconstitucional.

Por fim, ainda no âmbito desse tema - importante por se tratar da saúde do empregado -, se os argumentos acima não forem suficientes, a questão será resolvida pela utilização de um dos critérios de antinomia. Senão vejamos: a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que entrou em vigor em novembro de 2017, inseriu o artigo 4º-C, que assegura aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições relativas a atendimento médico, ambulatorial e de refeição existentes nas dependências da contratante ou no local por ela designado. Esse artigo é incompatível com a lei anterior, Lei n. 13.429/2017, que entrou em vigor no final de março de 2017 e inseriu o art. 5º-A, § 4º, que tratava dessa questão como uma mera faculdade do contratante.

Assim, são duas normas de mesma hierarquia que tratam do mesmo assunto de forma incompatível, o que faz com que a posterior revogue tacitamente a anterior - inteligência do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

5 EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO SOBRE A REMUNERAÇÃO E SOBRE A RELAÇÃO BILATERAL CLÁSSICA

A terceirização torna visível a intenção da empresa de reduzir custos, eliminar empregados próprios e com isso internalizar a lógica da precarização. Os terceirizados costumam ter mais instabilidade, salários mais baixos e sindicatos mais fracos.

No que tange à isonomia salarial, mais uma vez se cometeu discriminação entre o empregado temporário e os demais terceirizados. Os temporários têm assegurada (na alínea “a” do artigo 12 da Lei n. 6.019/1974) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora. Já o § 1º do artigo 4º-C, com redação proposta pela Lei n. 13.467/2017,

surpreende com a seguinte redação em relação à remuneração dos terceirizados: “Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.”

Cabe ressaltar que a redação desse artigo pode causar um imenso prejuízo aos empregados terceirizados, pois, se, na prática, já há desrespeito às normas cogentes, essa faculdade de remunerá-los com salários mais baixos que os previstos para os empregados efetivos da tomadora provavelmente será utilizada para aumentar os lucros da empresa em detrimento dos salários dos terceirizados.

Nessa mesma esteira da discriminação, o novo § 2º do artigo 4º-C (Lei n. 13.467/2017) passou a permitir a divisão de espaço entre efetivos e terceirizados com relação a atendimento ambulatorial e de alimentação.¹¹

Cabe ressaltar que ao menos o padrão de atendimento do espaço apartado deve ser, de fato, igual ao dos empregados efetivos, sob pena de ferir a dignidade do ser humano, violar a Convenção n. 111 da OIT (que versa sobre “Discriminação” em matéria de emprego e profissão), a Declaração de Filadélfia¹² e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹³

A contratante (tomadora) poderá ser pessoa física ou jurídica e firmará contrato escrito com a empresa prestadora de serviços. A partir de agora, até mesmo um profissional liberal ou uma pessoa natural poderá contratar terceirizados.

¹¹ Art. 4º-C, § 2º: “Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes”.

¹² Afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais.

¹³ Em seu artigo 7º: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

Nos termos do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, não pode figurar como contratada (empresa prestadora de serviços), exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados (artigo 5º-C da Lei n. 6.019/1974, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017). Com a redação desse artigo, o legislador provavelmente buscou evitar fraudes. Contudo, após o referido prazo de 18 meses, há risco de haver “*pejotização*” (contratação de empregados como pessoa jurídica), o que é considerado fraude ao vínculo empregatício e vedado pelo artigo 9º da CLT.

O artigo 5º-D da Lei n. 6.019/1974, também acrescentado pela Reforma Trabalhista, dispõe que o empregado que for demitido não poderá prestar serviços para a mesma empresa na qualidade de empregado da empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de 18 meses, contados a partir da sua demissão. Trata-se, na realidade, de tentativa de coibir a demissão em massa de empregados, a fim de que os mesmos passem a prestar serviços para tomadora na qualidade de terceirizados.

Ainda assim, o temido aconteceu, e algumas empresas, interessadas em aumentar sua lucratividade, menos de um mês após o advento da Reforma Trabalhista - Lei n. 13.467/2017 - efetuaram dispensa coletiva de empregados (SOUTO MAIOR, 2017, *on-line*). Um caso emblemático noticiado foi o da Faculdade Estácio de Sá.¹⁴ A referida instituição dispensou, sem motivação econômica e sem qualquer diálogo, 1.200 professores em todo país e o fez com base no artigo 477-A da CLT.¹⁵ Ocorre que o emprego, em um Estado Social,

¹⁴ “Após demissão em massa, Estácio de Sá tem alta de 62% nos lucros em relação ao ano passado.” Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/apos-demissao-em-massa-estacio-de-sa-tem-alta-de-62-nos-lucros-em-relacao-ao-ano-passado/>. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁵ Art. 477-A: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.” (Incluído pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017).

é questão de ordem pública, de modo que a atividade empresarial deve estar atrelada aos seus fins sociais, fixados constitucionalmente, fato que a Reforma Trabalhista parece ter ignorado.

Voltando à análise da lei propriamente dita, observa-se que, no caso da terceirização lícita, a responsabilidade da contratante (tomadora) é subsidiária - § 5º do artigo 5º-A da Lei n. 6.019/1974. A terceirização é considerada lícita caso preenchidos, além dos requisitos legais já comentados, os requisitos de ausência de pessoalidade e de subordinação dos terceirizados em relação à contratante. Segundo o TST, para que a tomadora seja responsabilizada, ela tem que ter tido a oportunidade de se manifestar no processo judicial, como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa. (item IV da Súmula 331 do TST - esse inciso da Súmula foi declarado constitucional pelo STF)

Continuando o estudo do tema, surge o seguinte questionamento: é possível uma empresa sem empregados? Apesar de a regulamentação posta ter flexibilizado o tema da terceirização, não parece ter sido essa a intenção do legislador. Isso se conclui na medida em que a lei instituiu regras de isonomia entre os empregados da contratante e da contratada, o que dá a entender que o objetivo não foi o de permitir a existência de empresas sem empregados. Vale ressaltar, ainda, que toda propriedade privada precisa exercer sua função social, prevista na Constituição, o que, em uma empresa, corresponde, entre outros fatores, a um meio ambiente de trabalho digno para seus empregados.

O principal argumento utilizado para aprovar a Reforma foi a geração de empregos. A estimativa do Ministro do Trabalho à época, Ronaldo Nogueira, era a de que dois milhões de vagas seriam criadas nos dois primeiros anos. Entretanto, ao contrário do propagado, após pouco mais de um ano de vigência, o que ocorreu foi a diminuição da renda dos trabalhadores e o aumento da precariedade nas relações de trabalho.¹⁶ Esse é resultado até então

¹⁶ “Um ano da reforma trabalhista: medida reduziu renda, não gerou emprego e precarizou trabalho”. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-ano-da-reforma-trabalhista-medida-reduziu-renda-nao-gerou-emprego-e-precariizou-trabalho/>. Acesso em: 08 jan. 2019.

verificado em relação à tão propagada “modernização” da legislação, que, na prática, mais se assemelha a um retrocesso (vale lembrar que, em 1837, havia um molde regulatório de locação de serviços - Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837).

6 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Por fim, cabe ressaltar que, no dia 30 de agosto de 2018, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e o Recurso Extraordinário em repercussão geral n. 958.252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades das empresas. O que ocorreu foi que, enquanto se aguardava a revisão da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o legislador assumiu seu papel, inserindo na ordem jurídica o marco legal da terceirização.

O STF entendeu, na oportunidade, que não houve perda do objeto da ADPF pela superveniência das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, sob o argumento de que o julgamento se dirigia a situações anteriores ao advento das duas leis. De tal modo, por maioria de sete votos favoráveis (quatro votos contra), o Tribunal decidiu ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim.

Nesse sentido, a modificação realizada pela Reforma Trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, e a decisão, por ter sido declarada sua repercussão geral, tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário. Como resultado desse julgamento, foi firmada 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.

Segundo José Alberto Couto Maciel (MACIEL, 2018, *on-line*), foi decidido pelo STF que a terceirização nunca foi proibida em

nenhuma atividade, ou seja, nem no presente, nem no passado. Nesse sentido, segundo o autor, os Tribunais Trabalhistas teriam condenado ilegalmente várias empresas a pagamentos indevidos, mediante teses contrárias a diversos princípios constitucionais (tais como: a legalidade, artigo 5º, II; a separação de poderes, artigo 2º; o devido processo legal, artigo 5º, LV; e a livre iniciativa, artigos 1º, IV e 170 *caput* e parágrafo único). Diante disso, em seu artigo, ele indaga como ficaria a aplicação do § 5º do artigo 884 da CLT, que dispõe: “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.” Seriam cabíveis embargos à execução alegando a inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST? Seria possível a interposição de ação rescisória?

Ao analisar o julgamento, o professor Henrique Correia¹⁷ ressalta que o STF assegurou o respeito às decisões já transitadas em julgado. Nesse caso, segundo ele, os processos pendentes de julgamento, bem como os inquéritos em trâmite no Ministério Público do Trabalho e os Termos de Ajuste de Conduta (TACs) firmados no Ministério Público do Trabalho serão afetados e passíveis de discussão a fim de se ajustarem ao posicionamento do STF (que gera efeitos *erga omnes*). Entretanto, no que diz respeito aos processos que já transitaram em julgado, ele afirma não ser possível a modificação da decisão. A base para o seu posicionamento está na própria decisão de julgamento da ADPF 324:

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste

¹⁷ Aula postada em formato de vídeo em 31 de agosto de 2018 pelo professor e procurador do trabalho Henrique Correia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WecaWkx6exU>. Acesso em: 27 jan. 2019.

juízo não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30/08/2018. (grifos nossos)¹⁸

De forma diversa da supracitada, entende o autor José Alberto Couto Maciel. Senão vejamos:

Concluo que, nos casos de execução, será sempre viável o cabimento da ação rescisória, no prazo de dois anos após o trânsito em julgado do acórdão da decisão da Suprema Corte, seja a coisa julgada anterior ou posterior à publicação do acórdão da decisão ora em destaque, bem como possível será a declaração de inexecutibilidade do título executivo se executado após o trânsito em julgado do acórdão do Supremo Tribunal sobre a tese [...] Nem é mesmo possível entender que o Supremo Tribunal Federal, em embargos de declaração, possa declarar a impossibilidade de rescisória, ou de inexecutibilidade do título executivo, baseado em decisão inconstitucional, porque seria, certamente, manter decisões contrárias à Constituição, o que não se espera da Corte Suprema que zela pelo primado da Constituição no país. (MACIEL, 2018, *on-line*).

7 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

E quanto à terceirização na Administração Pública?

Insta observar que, no julgamento dos referidos feitos que ensejaram a tese de repercussão geral (a ADPF n. 324 e o Recurso Extraordinário em repercussão geral n. 958.252), o STF não enfrentou a questão dos limites da terceirização no âmbito da Administração Pública, e sequer mencionou o artigo 37 da Constituição, que dispõe sobre a exigência de concurso público (CF/1988, artigo 37, II) para investidura de cargo ou emprego público. Sabe-se que o concurso público atende aos princípios da impessoalidade, da moralidade e garante a formação de um quadro profissional e especializado.

¹⁸ ADPF n. 324. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 27 jan. 2019.

Assim, a Lei n. 13.467/2017, ao alterar a Lei n. 6.019/1974, no tema da contratação temporária e da terceirização de serviços, não serve como marco regulatório para a administração pública direta ou indireta, tendo em vista o disposto na Constituição Federal (artigo 37, *caput* e incisos II e IX), hierarquicamente superior à legislação ordinária, tanto na forma quanto no conteúdo.¹⁹

Ocorre que, após o Supremo Tribunal Federal ter julgado constitucional a terceirização irrestrita no âmbito privado, conforme já visto, o então Presidente da República editou, em 21 de setembro de 2018, o Decreto n. 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta (leia-se terceirização), mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Esse decreto regulamenta o disposto no § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei n. 200/1967²⁰, em substituição ao Decreto n. 2.271/1997, que disciplinou a matéria nos últimos 20 anos (o referido decreto dispunha, de forma expressa, quais atividades poderiam ser terceirizadas. Eram elas: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações).

Vale observar que o Decreto n. 9.507/2018, que entrou em vigor no dia 21 de janeiro de 2019, ou seja, 120 dias após a sua publicação, é um decreto autônomo do Poder Executivo, previsto no artigo 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição²¹, que

¹⁹ Entendimento consubstanciado no Enunciado 75 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho já mencionada neste artigo.

²⁰ Art. 10 § 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.”

²¹ Art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...]”

vale somente para a União - administração pública federal direta, autárquica, fundacional e empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União - e no âmbito do Poder Executivo (em respeito ao princípio da separação dos poderes), ou seja, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, bem como os poderes legislativo e judiciário não estão abrangidos por esse decreto.

Além disso, o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, continua sendo a regra geral que deve ser respeitada. A não observância da regra geral (exceto se tiver exceção expressamente prevista em lei) implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

O novo Decreto (n. 9.507/2018), ao contrário do Decreto anterior, n. 2.271/1997 (que listava, de forma restrita, as atividades que poderiam ser objeto de execução indireta), elenca as atividades que não permitem a terceirização na administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Assim, o legislador parece ter pretendido admitir a contratação indireta das atividades não elencadas no referido dispositivo.

Conforme o disposto no artigo 3º do Decreto n. 9.507/2018, não estão sujeitos à terceirização, na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; as atividades que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade; as atividades que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e, por fim, aquelas que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, a liberalização foi ainda maior, pois o único

limite imposto a essas empresas diz respeito à impossibilidade de terceirizar atividades que constituam atribuições inerentes àquelas dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários (inteligência do artigo 4º). Regra que, ainda assim, é passível de exceção quando se tratar de serviços de caráter temporário (inciso I), de incremento temporário do volume de serviços (inciso II), de atualização de tecnologia ou especialização de serviço (inciso III) e para superar impossibilidade de competir no mercado concorrencial (inciso IV).

Na prática, o que se conclui é que há permissão legal para terceirização nas hipóteses de atribuições inerentes às dos cargos integrantes dos Planos de Cargos e Salários nas empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União desde que a situação se encaixe nas hipóteses expressamente excetuadas. Senão vejamos os comentários da professora Gabriela Neves Delgado e do Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim:

Trata-se de disciplina com traço liberalizante intenso, que elimina praticamente todos os limites que a regulamentação anterior impunha à terceirização de atividades no âmbito da administração pública federal, inovando ao admitir a possibilidade de terceirização de atividades de todas as naturezas, acessórias ou principais, no âmbito das empresas estatais da União. (DELGADO; AMORIM, 2018, *on-line*).

Cabe ressaltar, por fim, que, assim como na terceirização no âmbito privado, o Decreto n. 9.507/2018 dispõe que não pode haver pessoalidade e subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante (artigo 7º, inciso IV).

CONCLUSÃO

O artigo teve como objetivo analisar de maneira crítica a regulamentação da terceirização no Brasil. Observou-se, durante o estudo dos pontos relevantes da legislação, a predominância dos valores de mercado sobre os valores sociais. Diante disso, pretendeu-

se despertar no leitor um exercício interpretativo que priorize o bem-estar humano e os direitos sociais garantidos na Constituição Federal. Para isso, é preciso reatar a inspiração da Declaração de Filadélfia, que dispõe que a economia e a finança devem estar a serviço dos princípios da dignidade humana e da justiça social e não o contrário. Esse é um momento propício para discussões e lutas contra a exploração desmedida do trabalho humano.

Vivemos em uma sociedade de incertezas no âmbito do trabalho. A principal delas refere-se ao emprego. O capitalismo de viés neoliberal aproveita-se da reserva de desempregados para implementar medidas precarizadoras, sem resistência. Na esfera da necessidade, não há liberdade de fato. O ser humano que trabalha precisa de proteção integral e de um Direito do Trabalho que lhe garanta dignidade.

É preciso ter em mente que reformar não pode significar se adaptar às injustiças do mundo, mas, sim, providenciar meios para fazê-las retroceder. Dessa maneira, apesar de a legislação atual ser motivo de preocupação, é importante destacar que ela não está isolada no ordenamento jurídico. Dessa forma, por meio de uma interpretação sistemática, que pressupõe a unidade e a ausência de incompatibilidades no ordenamento, é possível encontrar, na solução de casos concretos, aquela resolução que seja mais coerente com o conjunto de leis já existentes, principalmente com as normas hierarquicamente superiores (a exemplo da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Afinal, o Direito existe como um sistema harmônico, e não pode uma lei isolada pôr fim ao princípio da sistematicidade.

REFERÊNCIAS

BORBA, Joselita Nepomuceno. Terceirização. Lei n. 13.467/17. Os novos contornos da terceirização. *In*: MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (org.). *Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018. p. 42-50.

BOSI, Alfredo. O tempo e os tempos. *In*: NOVAES, Adauto (org.). *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 19.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 jan. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.429 de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 31 mar. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n. 9.507 de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 24 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.302/1998. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/1998/msg344-980319.htm. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 331*. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT. Data de Publicação: 27, 30 e 31 de maio de 2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 30 jan. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. Breves comentários à lei n. 13.429/17 que altera a redação da lei n. 6.019/74 - Terceirização ampla e irrestrita? Disponível em: <https://www.facebook.com/VoliaBomfimCassar/posts/1111652638944852>. Acesso em: 16 jan. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas estatais. *Jota*. São Paulo/Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ameaca-da-terceirizacao-sem-limites-na-administracao-publica-e-nas-estatais-05102018>. Acesso em: 11 jan. 2019.

ENTENDA posicionamento de ministros sobre terceirização. *Consultor Jurídico - Conjur*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-13/maioria-tst-terceirizacao-nao-unanimidade>. Acesso em: 11 jan. 2019.

FERNANDES, Wilson. *In*: BOEHM, Camila. Lei da terceirização vai precarizar trabalho, diz presidente do TRT-2. *Agência Brasil*. Brasília: EBC, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/lei-da-terceirizacao-vai-precarizar-trabalho-diz-presidente-do-trt-2>. Acesso em: 11 jan. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim. *Consultor Jurídico - Conjur*. São Paulo, 02 abr. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>. Acesso em: 16 jan. 2019.

GONÇALVES, Reginaldo. Terceirização precariza o trabalho e reduz salários. *Estadão - Portal do Estado de S. Paulo*. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/terceirizacao-precariza-o-trabalho-e-reduz-salarios/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2, 2018. Brasília, DF. *Anais...* Brasília: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, 2018.

MACIEL, Fernando. Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário. *Consultor Jurídico - Conjur*. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita-apenas-trabalho-temporario>. Acesso em: 16 jan. 2018.

MACIEL, José Alberto Couto. Título executivo judicial inexequível, a rescisória e a terceirização. *Migalhas*. Ribeirão Preto, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286764,21048-Titulo+executivo+judicial+inexequivel+a+rescisoria+e+a+terceirizacao>. Acesso em: 14 jan. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho*. Filadélfia, PA: OIT, 1944.

PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada pela lei. *Rev. TST*, Brasília, vol. 74, n. 4, out/dez 2008. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/5386/006_pastore.pdf?sequence=5. Acesso em: 11 jan. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A hora da sensatez*. 20 nov. 2018. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-hora-da-sensatez7523688>. Acesso em: 07 jan. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O abuso das dispensas coletivas e a reação corretiva do direito do trabalho*. 10 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-abuso-das-dispensas-coletivas-e-a-reacao-corretiva-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 14 jan. 2019.

UM ano da reforma trabalhista: medida reduziu renda, não gerou emprego e precarizou trabalho. *Diário do Centro do Mundo*, 2018. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-ano-da-reforma-trabalhista-medida-reduziu-renda-nao-gerou-emprego-e-precariizou-trabalho/>. Acesso em: 28 jan. 2019.

VIANA, Márcio Túlio. *Para entender a terceirização*. São Paulo: LTr, 2015.

VIANA, Márcio Túlio. *Poluições no ar: o clima que nos afeta e a terceirização*. Aportes teóricos para aplicação do direito do trabalho após a reforma trabalhista. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
FISCALIZAÇÃO COMO DEVER
JURÍDICO DO PODER PÚBLICO
CONTRATANTE*

OUTSOURCING IN PUBLIC
ADMINISTRATION: THE
INSPECTION AS A LEGAL DUTY
OF THE CONTRACTING PUBLIC
AUTHORITY

Lorena Lopes Freire Mendes**

RESUMO

A terceirização de serviços apresenta-se como uma ferramenta de gestão na busca de uma maior eficiência no setor público. O objetivo deste artigo é traçar a importância do dever jurídico de fiscalizar a execução dos contratos de terceirização, imputável ao Poder Público contratante, notadamente em relação ao

* Artigo enviado em 30.01.2019 e aceito em 02.03.2019.

**Mestranda em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros e em Ciências Contábeis pela Universidade Norte do Paraná. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Chefe da Seção de Liquidação de Serviços Terceirizados, vinculada à Secretaria de Liquidação e Pagamento de Despesas. *E-mail*: lorenalf@trt3.jus.br.

cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Para tanto, primeiramente, delineiam-se as características do fenômeno da terceirização e o seu marco regulatório no Brasil. A partir de uma revisão da legislação e da jurisprudência, utilizando o método indutivo, acompanha-se a evolução jurisprudencial da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas terceirizadas contratadas. Por fim, apresentam-se breves delineamentos acerca do padrão fiscalizatório na contratação de serviços da Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017. Constata-se que a responsabilidade subsidiária depende de comprovação inequívoca de falha na fiscalização contratual. No entanto, defende-se que a fiscalização, além de apta a elidir a responsabilidade da Administração Pública, não deve onerar excessivamente a opção pela terceirização. Assim, o trabalho culmina com a conclusão de que o dever de fiscalização pressupõe a manutenção de rigoroso controle, consagrando a função socioambiental do contrato administrativo, ao promover a valorização social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Fiscalização contratual. Responsabilidade subsidiária.

ABSTRACT

Outsourcing presents itself as a management tool in the search for greater efficiency in the public sector. The aim of this article is to outline the importance of the legal duty to supervise the execution of outsourcing contracts, attributable to the contracting Public Authority, especially in relation to fulfillment of the rights of outsourced workers. For this purpose, first, the characteristics of the outsourcing phenomenon and its regulatory framework in Brazil are delineated. Based on a review of the legislation and jurisprudence, using the inductive method, it follows the jurisprudential evolution of the subsidiary liability of the Public

Administration for the non-fulfillment of the labor obligations of contracted outsourced companies. Finally, some aspects of the inspection standard in contracting services of the Normative Instruction SEGES/MP 05/2017 are presented. It is found that the subsidiary responsibility depends on unequivocal proof of failure in contractual inspection. However, it is defended that the inspection, besides being able to elicit the liability of the Public Administration, should not excessively burden the option for outsourcing. Therefore, the work culminates in the conclusion that the duty of inspection presupposes the maintenance of strict control, consecrating the socio-environmental function of the administrative contract, by promoting the social valorization of the work and the dignity of the human person.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Contractual inspection. Subsidiary liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

1.1 Origem e conceito

1.2 Marco regulatório na Administração Pública brasileira

2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Súmula 331 do TST

2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16

2.3 Recurso Extraordinário 760.931/DF

3 O DEVER JURÍDICO DE FISCALIZAÇÃO

3.1 Fundamentos

3.2 Padrão fiscalizatório da Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços já é um fenômeno consolidado globalmente, que tem se expandido, no âmbito da Administração Pública, em um contexto de transição de um modelo administrativo-burocrático de trato da coisa pública para um modelo administrativo-gerencial, focado nos resultados.

Idealizada com a intenção de reduzir o custo da produção e de aumentar a especialização do trabalho, a terceirização foi logo assimilada pela Administração Pública em busca de uma forma mais eficiente de satisfação do interesse público.

Ocorre que, em que pese existir um panorama teórico favorável, é recorrente a problemática situação de inadimplência da empresa contratada pelo Poder Público no tocante às verbas trabalhistas devidas a seus empregados, ou então de encerramento de suas atividades de maneira irregular, deixando o trabalhador terceirizado ao desamparo.

O presente artigo propõe-se a traçar a importância do dever de fiscalizar eficientemente a execução dos contratos de terceirização, imputável ao Poder Público contratante, notadamente em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Seu objetivo é relevante, pois a fiscalização contratual, muitas vezes, não recebe a mesma atenção dispensada à fase licitatória. E, nesse caso particular, tal fiscalização colabora, de forma expressiva, para a promoção da valorização social do trabalhador e da dignidade da pessoa humana, tutelados constitucionalmente.

Assim sendo, primeiramente, aborda-se a origem da terceirização de serviços e suas principais características conceituais. Em seguida, é apresentado o marco regulatório desse fenômeno na Administração Pública brasileira.

Feitas essas considerações, cabe acompanhar, sucintamente, a evolução jurisprudencial quanto aos contornos da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da

prestação de serviços terceirizados contratados. Isso porque, em 2017, no Recurso Extraordinário (RE) 760.931/DF, o Supremo Tribunal Federal atestou, mais uma vez, como condição para tal responsabilização, a necessidade de prova inequívoca da comissão/omissão fiscalizatória.

Por fim, enfoca-se o dever jurídico de fiscalização propriamente dito e seus fundamentos no plano constitucional e infraconstitucional. Com o objetivo de subsidiar os gestores públicos, apresentam-se ainda alguns delineamentos acerca do padrão fiscalizatório na contratação de serviços terceirizados da Instrução Normativa 05/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, dada a sua relevância no detalhamento de rotinas e de mecanismos aplicados à fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

1 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

1.1 Origem e conceito

Entre as práticas gerenciais adotadas, no contexto da Nova Gestão Pública (HOOD, 1991), apresenta-se a terceirização de serviços. Alinhando-se às exigências da economia globalizada, pode-se dizer que a Administração Pública encontrou na terceirização uma importante ferramenta de colaboração.

O termo terceirização consiste em um neologismo que equivale no inglês a *outsourcing*, cujo significado literal é fornecimento vindo de fora, o que compreende a tendência de adquirir de terceiros bens e serviços que não fazem parte do negócio principal da empresa.

Conforme narra Queiroz (1998), a origem da terceirização teria sido nos Estados Unidos da América (EUA), nos anos de 1940, durante a Segunda Guerra Mundial, quando o país se aliou aos países europeus no combate às forças nazistas e, posteriormente, ao Japão. Impulsionados pela necessidade de que as indústrias se

concentrassem na produção de armas, os EUA passaram a terceirizar algumas atividades de suporte à produção dos armamentos, mediante a contratação de outras empresas especializadas.

Giosa (1997) entende a terceirização como

[...] um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.

No mesmo sentido, Queiroz (1998) define a terceirização como

[...] uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é sua atividade-fim, permitindo a estas se concentrarem no seu negócio, ou seja, no objetivo final.

Juridicamente, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2017), a terceirização

[...] é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalho no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE (1993) adiciona que,

[...] no que se refere especificamente à mão de obra, a terceirização se insere como fator de flexibilização, ao eliminar para a firma contratante o “problema” dos custos econômicos diretos com o trabalho, dentre os quais admissão, demissão, treinamento e benefícios sociais.

Por sua vez, na visão de Leiria (1991), o conceito e prática da terceirização estão ligados não só à redução de custos, mas também ao aumento da competitividade.

Para tanto, a terceirização acompanha o avanço da flexibilização do Direito do Trabalho, que, por sua vez, tenta compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho (MARTINS, 2000).

Assim, a partir de formulações conceituais com diversas perspectivas, tem-se que a utilização da mão de obra terceirizada ganhou força em um contexto globalizado de busca por maior eficiência, frente às mudanças na organização da produção e do trabalho, com a crescente agilidade e flexibilidade no processo produtivo de bens e serviços. Esse quadro acabou implicando a necessidade de adoção de inovações tecnológicas e organizacionais, tais como a terceirização.

1.2 Marco regulatório na Administração Pública brasileira

O modelo neoliberal, que ganhou força no Brasil nos anos 90, afetou drasticamente as relações trabalhistas, flexibilizando as formas de vínculo jurídico. Desde então, o fenômeno da terceirização tem se expandido no país, sob a justificativa de que se apresenta como estratégia segura e moderna de desenvolvimento econômico (DELGADO; AMORIM, 2015).

Da mesma forma, é possível identificar uma crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado.

Considerado o marco jurídico da desburocratização da máquina pública, o Decreto-Lei n. 200/67, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, prevê a terceirização (chamada de execução indireta, mediante contrato) para o setor público, com o objetivo de se ter uma prestação de serviços mais especializada, sujeita a uma medição de alcance dos resultados mais facilmente apurável. Tudo isso para que os esforços (financeiros, pessoais e tecnológicos) estejam concentrados no fim público.

É o que se observa da redação do § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei n. 200/1967:

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

Desde a Lei n. 5.645, de 10 de dezembro 1970, que estabelecia diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, estava previsto, em excerto atualmente revogado, que as atividades de apoio administrativo deveriam ser, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato de prestação de serviços:

Art. 3º [...]

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.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de evitar o desvirtuamento do instituto, estabeleceu-se uma

limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços no âmbito público. Com o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego de natureza pública ficou limitada à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Ainda no âmbito da Administração Pública Federal direta, foi publicado o Decreto n. 2.271/1997, que, ao dispor sobre a contratação de serviços, enumerava as atividades a serem desenvolvidas, preferencialmente, por terceiros e estabelecia mais um limite ao uso da terceirização pelo setor público:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

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

Observa-se que, até então, somente poderiam ser terceirizados os serviços considerados auxiliares, instrumentais ou acessórios ao desenvolvimento das atividades-fim exercidas diretamente pelo Poder Público.

Entretanto, diversas novidades normativas e jurisprudenciais sobre o tema da terceirização de serviços marcaram os anos de 2017 e 2018 e indicaram o rompimento dessa clássica limitação.

A tão aguardada Lei da Terceirização, a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, alterou dispositivos da Lei n. 6.019/1974, de 3 de

janeiro de 1974, que antes regulava apenas o trabalho temporário, e passou a dispor expressamente sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Tal norma estabeleceu a definição de empresa prestadora de serviços a terceiros, suas atividades e os requisitos para seu funcionamento, a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviço e as cláusulas essenciais ao contrato de prestação de serviços.

Já a Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, dentre outras mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, tratou também de alterar disposições da Lei n. 6.019/1974. A nova redação do artigo 4º-A, ao conceituar a terceirização, deixa claro que a prestadora de serviços pode executar quaisquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal:

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

Em agosto de 2018, foi a vez de o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive das atividades-fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324/DF e o RE 958.252/MG, fixou-se, neste último, a seguinte tese de repercussão geral:

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

Indo ao encontro das mencionadas decisões do STF, exaradas em relação à iniciativa privada, parece ter sido ampliado, no âmbito

da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, das empresas públicas e das sociedades de economia mista da União, o uso da terceirização no serviço público para qualquer atividade. Por meio do Decreto n. 9.507/2018, de 21 de setembro de 2018, que revogou o Decreto n. 2.271/1997, possibilitou-se genericamente tal forma de execução, tratando de maneira indistinta as atividades acessórias (atividades-meio) e as atividades-fim do órgão público.

Verifica-se, no entanto, que a terceirização continua não sendo totalmente irrestrita no âmbito da Administração Pública. Há quatro vedações à execução indireta que foram expressamente previstas no art. 3º do referido Decreto, quais sejam, as atividades:

- I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto n. 9.507/2018, o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão publicou a Portaria 443/2018, de 27 de dezembro de 2018, que estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação, ou seja, serviços terceirizados.

A Portaria apresenta uma lista exemplificativa dos serviços que podem ser terceirizados, todos de caráter auxiliar, instrumental ou acessório, aplicável às contratações realizadas pela Administração Pública Federal direta, autárquica e

fundacional, às empresas públicas e às sociedades de economia mista controladas pela União. Prevê também que outras atividades que não estejam contempladas na lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto n. 9.507/2018.

Não há dúvidas de que o Decreto n. 9.507/2018 e a Portaria n. 443/2018 são legislações ainda muito recentes, que carecem de uma apreciação mais detida. Não obstante, tem-se que a terceirização realizada com observância aos limites constitucionais e legais permite que a Administração Pública, como as empresas da iniciativa privada, delegue atividades, sem formação de vínculo de subordinação entre o trabalhador da empresa prestadora de serviços e a organização pública.

Com a contratação de uma empresa responsável pela constituição dos vínculos jurídico-trabalhistas, a Administração Pública acompanha um contexto administrativo-gerencial. A ideia é que se tenha uma prestação de serviços mais especializada com uma medição de resultados mais facilmente apurável e, claro, uma redução de custos com a força de trabalho, reprimindo a desmedida elevação das despesas com pessoal e conseqüente sujeição às restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000).

Ocorre que, não obstante os louváveis objetivos, a terceirização no Brasil tem favorecido fraudes às normas protetivas trabalhistas e previdenciárias. Isso porque a relação triangular, típica da terceirização, enfraquece a fiscalização do cumprimento legal dos direitos trabalhistas e previdenciários pelas empresas prestadoras de serviços.

Com isso, a tendência é de crescente exploração do trabalhador, que fica sujeito à instabilidade no emprego, a baixos salários, a doenças e a acidentes no trabalho.

Nesse contexto histórico-econômico-social, com a possível ampliação das hipóteses de terceirização, não há como olvidar a problemática acerca da proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores terceirizados.

Ao avaliar o fenômeno no âmbito da Administração Pública, importante, pois, delinear o papel a ser desempenhado pelo ente público na fiscalização da execução dos contratos de terceirização, a fim de que o trabalhador não reste desamparado.

2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Súmula 331 do TST

Desde o ano de 1993, encontravam-se no âmbito judicial os contornos da responsabilização subsidiária do tomador de serviços. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em reedição da anterior Súmula 256, originalmente declarava o seguinte:

Súmula n. 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

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

Diferentemente da Súmula 256 do TST (“Salvo nos casos previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974 e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta,

formando vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”), que, em 1986, trazia uma orientação mais restritiva, a Súmula 331 abordou o tema de forma mais minuciosa.

Em 2000, estendeu-se expressamente aos entes públicos a subsidiariedade da responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas em relação aos seus trabalhadores terceirizados, atualizando-se o item IV, que passou a vigorar com a seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993). (grifou-se)

Tem-se que, inicialmente, o TST tratou de traçar a responsabilização dos tomadores de serviço, inclusive dos entes públicos, pelas obrigações trabalhistas não pagas pelos empregadores, independentemente de comprovação de culpa. Observa-se, assim, a opção pela aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado (§ 6º do art. 37 da Constituição Federal), pautada no risco administrativo, com responsabilidade automática do ente público nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas na terceirização.

2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16

O teor da Súmula 331 do TST não deixou de gerar insatisfação por parte dos órgãos públicos. Contribuiu para a polêmica o fato de que a resolução da matéria dada pela Justiça do Trabalho, aparentemente, tinha ido de encontro à previsão da Lei n. 8.666/93, que, em seu art. 71, § 1º, assim estabelece:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (grifou-se)

A Lei de Licitações, de forma inequívoca, estabelece que são de exclusiva responsabilidade da empresa contratada os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato administrativo de prestação de serviços.

Por sua vez, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência 297751/1996, que tratou da Súmula 331 do TST, relatado pelo Ministro Milton de Moura França, elucidou-se o seguinte:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO N. 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI N. 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade

subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

Diante dessa controvérsia, a fim de garantir que a Administração Pública continuasse isenta de qualquer obrigação com relação aos trabalhadores terceirizados, foi ajuizada, no STF, em 2007, pelo Governador do Distrito Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16. Tal ação pretendia a declaração de validade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, segundo a vigente ordem constitucional, sob o fundamento de que esse dispositivo legal vinha sofrendo ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, com a responsabilização subsidiária da Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas como contratante de serviço terceirizado.

A ação foi conhecida, e seu mérito foi julgado procedente, por maioria do STF, segundo ementa publicada em novembro de 2010:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência conseqüente e automática dos

seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24.10.2010, DJe n. 173, divulgado em 08.09.2011.)

Declarada a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com eficácia contra todos e efeito vinculante (§ 2º do art. 102 da Constituição Federal), entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não pode transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, muito embora a efetiva demonstração de conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais possibilitará a responsabilização do ente público. Reconhece-se, pois, uma aproximação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Nesse contexto, para a responsabilização da Administração Pública, necessária é a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato administrativo.

A partir disso, foi alterada, pelo TST, em maio de 2011, a redação da Súmula 331, de modo a adequá-la ao entendimento do STF. Conferiu-se nova redação ao item IV e foram inseridos os itens V e VI:

Súmula n. 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.
[...]

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, 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. (grifou-se)

Destaca-se, ainda, que, por mais que se tenha afastado a responsabilização automática, o STF não impediu que o TST, à base de outras normas e dos fatos de cada caso concreto, dependendo das causas, reconheça a responsabilidade do Poder Público.

2.3 Recurso Extraordinário 760.931/DF

Inúmeros questionamentos continuaram desaguando no STF, com alegação de violação à decisão da ADC 16/DF, devido à continuidade da transferência automática de responsabilidade ao Poder Público pela presunção de omissão fiscalizatória.

Ou seja, por mais que aplicasse a responsabilidade civil subjetiva, sujeita à omissão culposa do agente público em fiscalizar a empresa tomadora de serviço, o reconhecimento da presença de culpa *in vigilando* nessa conduta omissiva continuou se pautando na responsabilidade extracontratual, ou aquiliana do ente público (JUSTEN FILHO, 2016).

Por essa razão, o RE 760.931/DF foi escolhido como representativo do Tema 246 de controvérsia com repercussão geral do STF: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

O instituto da repercussão geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal), criado pela Emenda Constitucional n. 45/2014,

trata-se de um requisito de admissibilidade de recursos extraordinários no STF para os casos que tenham repercussão mais abrangente do que os interesses subjetivos da causa. Reconhecida a repercussão geral em um determinado processo, todos os demais recursos extraordinários que tratem do mesmo tema ficam sobrestados até a decisão de mérito do STF, que servirá de precedente.

Quando do julgamento do RE 760.931/DF, a então presidente do STF, Ministra Carmem Lúcia, chamou atenção para a multiplicação de controvérsias e de processos sobre o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização. A Ministra registrou que chegavam a 50 mil os processos sobrestados, sem considerar um número ainda superior de processos em andamento, versando sobre esse mesmo assunto.

O Plenário do STF concluiu o julgamento do RE 760.931/DF em março de 2017, sendo que, por maioria, apreciando o tema 246 de repercussão geral, conheceu-se em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele deu-se provimento.

Confirmou-se, assim, o entendimento, adotado na ADC 16, que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Nesse sentido, em abril de 2017, o STF, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Diante da grande relevância da matéria tratada, pede-se vênha para transcrever o inteiro teor da ementa da decisão do Recurso Extraordinário 760.931/DF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007.)

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de

reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura, para setores e atividades distintas.¹ (*sic*)

¹ Observa-se que são apresentados benefícios da terceirização apenas sob o viés da empresa, ignorando-se suas possíveis implicações na subjetividade do trabalhador terceirizado.

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

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

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

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

A importância da fiscalização dos contratos de terceirização restou mais uma vez evidenciada, pois a condenação subsidiária da Administração Pública, sob pena de violação da decisão proferida na ADC 16, fica condicionada a fatos e circunstâncias concretas que demonstrem a ocorrência de falha na fiscalização pelo ente público (*culpa in vigilando*).

Isso porque, conforme ratificado na decisão do RE 760.931/DF, não se admite a atribuição de responsabilidade subjetiva com base em argumentos genéricos de falha no dever de fiscalização contratual, sendo necessário comprovar a conduta supostamente irregular.

Dessa forma, uma fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada que, por certo, já era significativa na proteção do trabalhador e da própria dignidade da pessoa humana, assume então mais uma função: a de elidir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

3 O DEVER JURÍDICO DE FISCALIZAÇÃO

3.1 Fundamentos

Como observa CASTRO (2014) na descrição da sua obra,

[...] o fenômeno da terceirização sem regulamentação resulta na invisibilidade do trabalho e na negação do mandamento constitucional de uma ordem econômica justa, em que as empresas têm função social e culminam no imperativo da justiça social.

Cabe, então, à Administração Pública promover uma fiscalização atenta dos seus contratos de serviços terceirizados.

A fiscalização da execução dos contratos (inciso III do art. 58 da Lei n. 8.666/1993), da qual a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas constitui elemento intrínseco, está prevista como uma das prerrogativas da Administração Pública, fundamentais para assegurar a eficácia das contratações no regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela Lei n. 8.666/1993.

Dentre as exigências para a habilitação nas licitações, consta a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista (inciso IV do art. 27 da Lei n. 8.666/1993). No caso da regularidade trabalhista, a documentação consiste em prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei, e em prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa (incisos IV e V do art. 29 da Lei n. 8.666/1993).

Há, ainda, previsão da obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (inciso XIII do art. 55 da Lei n. 8.666/1993). Essa higidez contratual, incluída aqui a manutenção da regularidade trabalhista, é, então, aferida durante o acompanhamento da execução contratual (art. 67 da Lei n. 8.666/93).

Ocorre que a averiguação da regular observância das normas trabalhistas pelo contratado ultrapassa o *status* de mera prerrogativa.

Em observância aos imperativos de legalidade e moralidade pública (*caput* do art. 37 da Constituição Federal), reconhece-se, pois, um dever jurídico de fiscalização dos contratos celebrados em proveito da própria Administração Pública.

Nesse sentido, a fiscalização do adimplemento dos direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7º da Constituição Federal) vai ao encontro dos preceitos constitucionais que consagram, como fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal) e, como objetivos da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º da Constituição Federal).

Ademais, tendo em vista uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano (art. 170 da Constituição Federal) e uma ordem social baseada no primado do trabalho (art. 193 da Constituição Federal), chega-se à compreensão de que o dever de fiscalizar o estrito cumprimento, pela contratada, dos direitos trabalhistas dos terceirizados vinculados ao contrato celebrado decorre da própria condição de existência da Administração Pública.

Assim sendo, a fiscalização dos contratos de serviços terceirizados, além de uma prerrogativa conferida à Administração, apresenta-se também como um dever do Poder Público contratante. De fato, um verdadeiro poder-dever fiscalizatório, conforme dispõe Barral (2016):

[...] ao reunir em si mesma uma prerrogativa preordenada à concretização do interesse primário da Administração Pública e por outro lado uma obrigação imposta a todos os gestores de recursos públicos de empregar com economicidade e probidade os recursos públicos, a doutrina costuma afirmar que a fiscalização contratual consiste em um poder-dever da Administração Pública.

Importante, também, destacar que incumbe à Administração Pública acompanhar e fiscalizar permanentemente o cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. É o que trouxe à lume o Ministro Celso de Mello, em voto proferido na relatoria do Agravo Regimental na Reclamação 16.094/ES, que foi acompanhado pela maioria do Plenário:

Cumprе assinalar, por necessário, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação - consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei n. 8.666/93, art. 27) -, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei n. 8.666/93, art. 67), sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação essa que não pode ser coonestada pelo Poder Judiciário. (Rcl 16.094-AgrR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.2014, DJe de 02.02.2015).

Não por outro motivo, a Lei n. 8.666/1993 determina expressamente o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato por um representante da Administração especialmente designado. Como se trata de uma tarefa complexa,

admite-se também a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 67 da Lei n. 8.666/1993).

A fim de viabilizar o exercício desse dever legal imposto à Administração, ao representante designado pelo ente público é exigido o registro de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (§ 1º do art. 67 da Lei n. 8.666/1993).

Ainda no mesmo intuito, a legislação prevê sanções a serem cominadas pela Administração Pública nos casos de inexecução total ou parcial do contrato (art. 87 da Lei n. 8.666/1993), que podem culminar na sua rescisão (arts. 77 e 78 da Lei n. 8.666/1993).

Desse modo, tem-se que o inadimplemento trabalhista da empresa contratada importa inexecução parcial do contrato, o que enseja a aplicação de sanções, que vão desde a advertência até a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública e, a depender da gravidade e da reiteração, a derradeira rescisão contratual.

Pelo exposto, depreende-se que o interesse imediato da Administração Pública no cumprimento das obrigações trabalhistas nos contratos de serviços terceirizados celebrados não deve estar limitado à possibilidade de sua responsabilização subsidiária por omissão fiscalizatória.

Identifica-se uma sujeição crescente do contrato administrativo a uma função socioambiental, que ultrapassa o sentido meramente econômico (OLIVEIRA, 2012). Assevera-se, assim, em parecer (n. 24.9643/2016) do Procurador-Geral da República, em exercício, José Bonifácio Borges de Andrada, nos autos do RE 760.931/DF, que

[...] a fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas, pelo Poder Público contratante, para além do interesse imediato de proteção à higidez contratual, também constitui elemento de preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como fator de coesão social.

Diante do incontestável dever de fiscalização, na condução da gestão e da fiscalização contratual, cabe à Administração Pública desenvolver rotinas e ferramentas que auxiliem, de forma efetiva, na garantia do cumprimento dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados vinculados à empresa contratada e na preservação da relação de custo-benefício social da contratação pública.

3.2 Padrão fiscalizatório da Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017

A Lei n. 8.666/1993 traz regras gerais atinentes à fiscalização contratual, no entanto não pormenoriza quais medidas devem ser tomadas a fim de evitar a alegação de omissão por parte da Administração Pública.

A procedimentalização da fiscalização a ser efetivada pelo Poder Público desenha-se, assim, pela integração da Lei de Licitações com normas editadas, em respeito ao princípio da autonomia federativa, por cada ente público, estruturando, em seu âmbito, a abrangência do dever de fiscalizar.

No âmbito da Administração Pública Federal, a matéria é regulamentada atualmente pela Instrução Normativa n. 05, de 25 de maio de 2017, publicada pela Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) e, recentemente, alterada pela Instrução Normativa n. 07, de 20 de setembro de 2018.

Essa nova Instrução Normativa veio revogar a Instrução Normativa n. 02, de 30 de abril de 2008, que anteriormente regia as contratações de serviços sob o regime de execução indireta da Administração Pública Federal. Objetivou-se, com isso, adequar-se às proposições dos Acórdãos do Tribunal de Contas da União 2328/2015 e 2622/2015-TCU-Plenário, bem como acompanhar as alterações jurisprudenciais e doutrinárias, com a implementação de regras garantidoras do cumprimento da legislação trabalhista e mitigadoras de inadimplência por parte da prestadora de serviços.

Assim sendo, a norma traz dispositivos de aprimoramento do planejamento e da gestão de contratos pela Administração Pública, instituindo um verdadeiro padrão fiscalizatório na contratação de serviços terceirizados. Compromete-se com as inovações do mercado e com a efetividade do controle e da fiscalização não apenas da execução material do serviço, mas também do cumprimento pela empresa contratada dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados envolvidos no referido contrato.

Por essa razão, muito embora a IN 05/2017 se aplique estritamente à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, suas regras e diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização de serviços servem de guia para qualquer atuação pública e acabam orientando, como boa prática, os demais entes federativos.

Em linhas gerais, essa Instrução Normativa, balizada pelo disposto na Lei n. 8.666/1993, contempla a verificação da regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas da empresa contratada, entre as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual (art. 39 da IN 05/2017).

Optou-se por decompor essas atividades em 5 papéis diferentes em razão das suas distintas atribuições (art. 40 da IN 05/2017): a gestão da execução do contrato e as fiscalizações técnica, administrativa, setorial e do público usuário, de modo que sejam realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática.

Nesses termos, o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento, compete à fiscalização administrativa (inciso III do art. 40 da IN 05/2017).

No desempenho das atividades de fiscalização administrativa dos contratos de serviços terceirizados (chamados contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra), deverá ser observado o disposto no seu Anexo VIII-B. Lá consta a previsão

de exigência de um extenso rol de comprovações, admitindo-se, no entanto, a utilização de critérios estatísticos, que levem em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.

Detalha-se ainda, de forma bastante abrangente, a fiscalização administrativa do cumprimento das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas pela contratada em cinco circunstâncias específicas (item 10 do Anexo VIII-B da IN 05/2017), a saber:

10. Além das disposições acima citadas, a fiscalização administrativa deverá observar, ainda, as seguintes diretrizes:

10.1. *Fiscalização inicial* (no momento em que a prestação de serviços é iniciada)

a) No momento em que a prestação de serviços é iniciada, deve ser elaborada planilha-resumo de todo o contrato administrativo. Ela conterá informações sobre todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão ou entidade, divididos por contrato, com os seguintes dados: nome completo, número de inscrição no CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos, sua especificação e quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências e horas extras trabalhadas.

b) A fiscalização das Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) será feita por amostragem. Todas as anotações contidas na CTPS dos empregados devem ser conferidas, a fim de que se possa verificar se as informações nelas inseridas coincidem com as informações fornecidas pela empresa e pelo empregado. Devem ser observadas, com especial atenção, a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações), além de demais eventuais alterações dos contratos de trabalho.

c) O número de terceirizados por função deve coincidir com o previsto no contrato administrativo.

d) O salário não pode ser inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria (CCT).

e) Devem ser consultadas eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas (por exemplo, se os empregados têm direito a auxílio-alimentação gratuito).

f) Deve ser verificada a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

g) No primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação, devidamente autenticada:

g.1. relação dos empregados, com nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), e indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

g.2. CTPS dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinadas pela contratada;

g.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; e

g.4. declaração de responsabilidade exclusiva da contratada sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato.

10.2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

a) Deve ser feita a retenção da contribuição previdenciária no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

b) Deve ser consultada a situação da empresa junto ao SICAF.

c) Serão exigidos a Certidão Negativa de Débito (CND) relativa a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), caso esses documentos não estejam regularizados no Sicafe.

d) Exigir, quando couber, comprovação de que a empresa mantém reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 66-A da Lei n. 8.666, de 1993.

10.3. Fiscalização diária

a) Devem ser evitadas ordens diretas da Administração

dirigidas aos terceirizados. As solicitações de serviços devem ser dirigidas ao preposto da empresa. Da mesma forma, eventuais reclamações ou cobranças relacionadas aos empregados terceirizados devem ser dirigidas ao preposto.

b) Toda e qualquer alteração na forma de prestação do serviço, como a negociação de folgas ou a compensação de jornada, deve ser evitada, uma vez que essa conduta é exclusiva do empregador.

c) Conferir por amostragem, diariamente, os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho.

10.4. Fiscalização procedimental

a) Observar a data-base da categoria prevista na CCT. Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos, devendo ser verificada pelo gestor do contrato a necessidade de se proceder a repactuação do contrato, inclusive quanto à necessidade de solicitação da contratada.

b) Certificar de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados.

c) Certificar de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (cipeiro, gestante, e estabilidade acidentária).

10.5. Fiscalização por amostragem

a) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados, que verifiquem se as contribuições previdenciárias e do FGTS estão ou não sendo recolhidas em seus nomes.

b) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados terceirizados os extratos da conta do FGTS, os quais devem ser entregues à Administração.

c) O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano (sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado), garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle.

d) A contratada deverá entregar, no prazo de 15 (quinze) dias, quando solicitado pela Administração, por amostragem, quaisquer dos seguintes documentos:

d.1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;

d.2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês

da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;

d.3. cópia dos contracheques assinados dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; e

d.4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado.

Seguramente, a fiscalização de contratos terceirizados requer conhecimentos e habilidades heterogêneos e o domínio de inúmeras legislações. Deve-se, portanto, indicar representantes com perfis apropriados às atribuições inerentes às atividades de gestor e fiscal e, de igual modo, ofertar o treinamento e a preparação adequada para a função.

Dito isso, sustenta-se que os controles contratuais devem ser organizados de maneira compatível com uma política de gestão eficiente que satisfaça o interesse público.

Inova a referida Instrução Normativa, por esse ângulo, ao incluir o Planejamento da Contratação como fase obrigatória que antecede a licitação (arts. 20 a 32 da IN 05/2017). Como segunda etapa do planejamento, prevê o Gerenciamento de Riscos, que consiste em um

[...] processo para identificar, avaliar, tratar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização. (ANEXO I - DEFINIÇÕES, VIII, da IN 05/2017).

O Gerenciamento de Riscos permite ao gestor o controle de eventuais situações que possam impedir ou interferir no alcance pretendido com a contratação do serviço, devendo, obrigatoriamente, contemplar o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada (art. 18 da IN 05/2017).

Para o tratamento desse risco, a IN 05/2017 prevê a adoção, obrigatória e alternativa, dos seguintes controles internos, assim definidos no Anexo I:

[...]

III - CONTA-DEPÓSITO VINCULADA – BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO: conta aberta pela Administração em nome da empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, não se constituindo em um fundo de reserva, utilizada na contratação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

[...]

XIV - PAGAMENTO PELO FATO GERADOR: situação de fato ou conjunto de fatos, prevista na lei ou contrato, necessária e suficiente a sua materialização, que gera obrigação de pagamento do contratante à contratada.

Assim, a Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação - e o Pagamento pelo Fato Gerador apresentam-se, no âmbito da Administração Pública Federal, como interessantes instrumentos que visam a auxiliar na garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.

De forma similar, para as unidades jurisdicionadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução CNJ n. 169, de 31 de janeiro de 2013, também prevê a adoção do instrumento da Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação.

Outrossim, quanto à garantia contratual, prevista no art. 56 da Lei n. 8.666/1993, a IN 05/2017, no item 3 do Anexo VII-F - Modelo de Minuta de Contrato -, dispõe que, nos contratos terceirizados, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá ser assegurado o pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber. No término da vigência do contrato, a garantia somente será liberada mediante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação.

Como visto, a IN 05/2017 determina uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais. É importante então ter em conta que a norma considera a realidade de pessoal técnico e de recursos da União, que não necessariamente se replica em entes que contam com condições mais precárias e estruturas mais enxutas.

Outro ponto a ser considerado é o excesso de praticamente acabar transformando os fiscais administrativos desses contratos em funcionários do departamento de recursos humanos das empresas contratadas. Reproduzindo o Poder Público contratante toda a infraestrutura de pessoal, de material e de contabilidade da contratada, passa a ser um desatino a expansão da terceirização, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa.

Diante desses fatos, a Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017 serve como um bom parâmetro de fiscalização a ser seguido, mas não anula a necessidade de cautela no que se refere à extensão e à complexidade do exercício do dever de fiscalizar, sob pena de implicar demasiados custos e ônus para a Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base o exposto neste artigo, depreende-se que o exercício adequado do poder-dever de fiscalização por parte do Poder Público pressupõe a manutenção de rigoroso e detalhado controle do adimplemento das obrigações trabalhistas de empregados alocados na execução de contratos de prestação dos serviços.

Na qualidade de contratante, em caso de constatação de irregularidades, compete ao Poder Público ser o mais diligente possível e zelar para que as medidas e as providências legalmente previstas sejam tomadas. Entre elas, destacam-se a notificação da contratada para sanar a irregularidade e a notificação das entidades que também têm o dever de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas, tais como as Superintendências Regionais do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho.

Reitera-se que, conforme já pacificado pelo STF, apenas quando a Administração Pública descumpre seu dever legal de fiscalização é que se fala em responsabilização subsidiária.

Dessa forma, é importante a adoção de políticas com ênfase na fiscalização prévia e concomitante à execução dos contratos de terceirização, que, além de apta a afastar a configuração de culpa *in vigilando*, não onere excessivamente a opção por terceirizar um serviço.

Caso contrário, corre-se o risco de que a atual tendência à expansão da terceirização, com o intuito de tornar mais eficiente a atuação administrativa, esbarre no ônus do seu acompanhamento contratual, dividindo esforços entre a fiscalização da execução do objeto e a fiscalização das obrigações trabalhistas.

Reconhece-se, por fim, a necessidade de harmonização entre os preceitos constitucionais e o fenômeno da terceirização, consagrando a função socioambiental do contrato administrativo.

Assim, com uma fiscalização contratual eficiente, entende-se que a Administração conseguirá que na contratação de serviços terceirizados seja satisfeito seu interesse primário e concretizada uma política pública de reconhecimento social do trabalho.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Daniel Andrade de Oliveira. *Gestão e fiscalização de contratos administrativos*. Brasília: ENAP, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Lei 5.645, de 10 de dezembro 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras

providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 169, de 31 de janeiro de 2013. Dispõe sobre a retenção de provisões de encargos trabalhistas, previdenciários e outros a serem pagos às empresas contratadas para prestar serviços, com mão de obra residente nas dependências de unidades jurisdicionadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2512>. Acesso em: 18 jan. 2019.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Os trabalhadores frente à terceirização*. Série Pesquisas DIEESE, n. 7. São Paulo, 1993.

GIOSA, L. A. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. São Paulo: Pioneira, 1997.

HOOD, C. *A public management for all seasons? Public Administration*, v. 69, n. 1, p. 3-19, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LEIRIA, Jerônimo Souto. *Terceirização - uma alternativa de flexibilidade empresarial*. Porto Alegre: Ortiz, 1991.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Portaria n. 443, de 27 de dezembro de 2018. Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57219256. Acesso em: 18 jan. 2019.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa n. 05, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em: 18 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 249643/2016 - ASJCIV/SAJ/PGR. Emitido por José

Bonifácio Borges de Andrada, Procurador-Geral da República em exercício, em 17 de outubro de 2016. *In*: Recurso Extraordinário (com repercussão geral) 760.931 DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310577753&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2012.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. *Manual de terceirização: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso*. São Paulo: STC, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 24.11.2010, DJe de 09.09.2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=627165>. Acesso em: 18 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Reclamação 16.094/ES. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.2014, DJe de 02.02.2015. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7644967. Acesso em: 18 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 760.931/DF. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2017, DJe de 12.09.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 18 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 958.252/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 30.08.2018, DJe de 06.09.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 30 jan. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 297751/1996. Acórdão. Relator Ministro Milton de Moura França, julgado em 11/09/2000, DJ de 20/10/2000. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;tribunal.pleno:acordao;iuj:2000-09-11;297751-1996-5555-4-0>. Acesso em: 18 jan. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula n. 331 - Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 18 jan. 2019.

T ERCEIRIZAÇÃO: UMA VISÃO CRÍTICA*

O UTSOURCING: A CRITICAL VIEW

Tânia Regina Silva Reckziegel**

Marcelo José Ferlin D'Ambroso***

* Artigo enviado em 17.03.2019 e aceito em 17.04.2019.

** Desembargadora do Trabalho (TRT da 4ª Região - RS). Presidente do IPEATRA - Instituto de Estudos e Pesquisas Avançadas da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho, Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Direito - Área de Concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Possui Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Pesquisadora do Grupos vulneráveis no direito privado pela UFRJ. Atuando nos seguintes temas: Defesa dos direitos da mulher, violência contra a mulher, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, direito ao esquecimento, direitos da personalidade e cultura. *E-mail:* taniasilvareck@gmail.com.

*** Desembargador do Trabalho (TRT da 4ª Região - RS), ex-Procurador do Trabalho, ex-Presidente Fundador e atual Diretor Legislativo do IPEATRA - Instituto de Estudos e Pesquisas Avançadas da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho, Vice-Presidente de Finanças da União Iberoamericana de Juízes, Membro da AJD - Associação Juízes para a Democracia, Doutorando em Ciências Jurídicas (*Universidad Social del Museo Social Argentino*), Doutorando em Estudos Avançados em Direitos Humanos (*Universidad Carlos III de Madrid, Espanha*), Mestre em Direito Penal Econômico (*Universidad Internacional de La Rioja, Espanha*), Mestre em Direitos Humanos (*Universidad Pablo de Olavide, Espanha*), Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Pós-graduado em Trabalho Escravo pela Faculdade de Ciência e Tecnologia da Bahia, Especialista em Relações Laborais pela OIT (*Università di Bologna, Universidad Castilla-La Mancha*), Especialista em Direitos Humanos (*Universidad Pablo de Olavide e Colégio de América*), Especialista em Jurisdição Social (*Consejo General del Poder Judicial de España - Aula Iberoamericana*), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Coordenador do Grupo de Estudos de Filosofia do Direito da Escola Judicial do TRT4, Professor convidado da Pós-Graduação de Direito Coletivo do Trabalho e Sindicalismo da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, e de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da UCS - Universidade de Caxias do Sul, UNISINOS - Universidade do Vale dos Sinos e FEEVALE.

RESUMO

Trata-se de artigo abordando a terceirização, a partir de uma visão humanista, apontando diversos vícios de inconvenção, inconstitucionalidade e antinomias da Lei n. 13.429/2017, propondo a revitalização dos direitos sociais previstos na Constituição e no ordenamento jurídico, a partir de uma interpretação sistêmica. Também se abordam o Decreto n. 9.571/2018 e os horizontes hermenêuticos que descortina, a indicar que a terceirização encontra limites nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Palavras-chave: Terceirização. Lei n. 13.429/2017. Decreto n. 9.571/2018. Direitos Humanos e Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This article deals with outsourcing, based on a humanistic vision, pointing out various defects of unconventionality, unconstitutionality and antinomies of Law 13.429/2017, proposing the revitalization of the social rights foreseen in the Constitution and in the juridical order, the from a systemic interpretation. It also addresses Decree 9.571/2018 and the hermeneutical horizons that it reveals, indicating that outsourcing finds limits in the international treaties ratified by Brazil.

Keywords: Outsourcing. Law 13.429/2017. Decree 9.571/2018. Human Rights and Labor Law.

RESUMEN

Se trata de artículo abordando la tercerización, desde una visión humanista, apuntando diversos defectos de inconveniencia, inconstitucionalidad y antinomias de la Ley 13.429/2017, proponiendo la revitalización de los derechos sociales previstos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, desde una interpretación sistémica.

Também se aborda o Decreto 9.571/2018 e os horizontes hermenêuticos que descortina, a indicar que a tercerização encontra limites em os Tratados Internacionais ratificados por o Brasil.

Palabras clave: *Tercerización. Ley 13.429/2017. Decreto 9.571/2018. Derechos Humanos y Derecho del Trabajo.*

SUMÁRIO

1 GLOBALIZAÇÃO E 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

2 VÍCIOS DA LEI N. 13.429/2017

3 HORIZONTES HERMENÊUTICOS: O DECRETO N. 9.571/2018

4 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 GLOBALIZAÇÃO E 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

No limiar da quarta revolução tecnológica, ampliam-se as perdas de postos de trabalho e aumentam-se as formas de controle da produção e dos trabalhadores na mesma medida em que se reduzem os direitos sociais. E, em agravante desse cenário, o capitalismo de plataforma¹ se aproxima, desafiando a reconstrução do Direito do Trabalho.²

¹ ABRAMOVAY (2017) alerta: “Uma das mais dramáticas consequências do capitalismo de plataforma é a drástica redução da responsabilidade socioambiental corporativa. Slea cita diversos exemplos em que, embora as plataformas sejam as maiores beneficiárias das operações comerciais que intermediam, elas renunciam a qualquer responsabilidade sobre suas consequências. E os gigantes digitais que hoje aparecem como expressão emblemática do capitalismo de plataforma insistem na narrativa de que são simples intermediários e que a responsabilidade pela relação comercial entre os que oferecem os bens e os serviços e os que os demandam não lhes cabe.”

² CHAVES JÚNIOR (2018) bem aponta a possibilidade de aplicação do conceito de *joint employment* como forma de enfrentamento da questão, o emprego conjunto ou coemprego.

Por outro lado, a globalização da economia gera uma estreita dependência entre as nações, influenciando a organização do trabalho, não apenas no setor produtivo, mas na distribuição e na prestação de serviços, operando de forma nociva no campo dos direitos sociais, diante da volatilidade do capital, capaz de transferir um inteiro parque fabril de um canto a outro no mundo conforme encontre custos menores de mão de obra. Essa fórmula não resolvida de volatilidade de capital vs. restrição de migrações e inexistência de um padrão planetário de direitos sociais compromete as legislações dos Estados, que vão sucumbindo às exigências do capitalismo global, vale dizer, vai ocorrendo uma perda de padrão generalizada, acentuando-se a desigualdade social.

E a desigualdade social é atributo constante da experiência histórica mundial, jamais resolvida, afetando cruelmente as pessoas, atropeladas que são até nos seus direitos mínimos de personalidade e existência pela exploração capitalista desmedida. Para sua superação, as políticas públicas deveriam se pautar no desenvolvimento humano através de medidas que garantissem o pleno emprego e a defesa dos valores sociais do trabalho, como base da sociedade, inclusive como defende Johan GALTUNG.³

Desde um ponto de vista ecológico, Samuel Romero APORTA⁴ denuncia:

Carvão, petróleo e, agora, o conjunto de lítio-cobalto. Em torno da exploração e consumo desses recursos finitos, foi se desenvolvendo a proposta de tecnologia no marco da mobilidade impulsada para a continuidade do sistema capitalista. As soluções propostas como evolução diante de uma crise no sistema anterior hipotecaram a classe trabalhadora. A desigualdade entre as classes sociais ficou mais agravada quanto mais próxima está da cobiçada matéria-prima. Estamos agora em uma nova etapa, enfeitada de sustentabilidade, que não deixa de ser um

³ GALTUNG (1994, p. 91-4; 169).

⁴ Romero APORTA (2019) - obs.: a tradução é nossa.

estágio a mais da política desenvolvimentista a serviço do capitalismo e que deixa entrever a luta de poder sob essa capa verde contaminada de interesses. Não recorda o milagre dos carros a diesel?

As crises do sistema capitalista preparam, em cima de retrocessos sociais e laborais, o próximo cenário de expansão e exploração. Vão acompanhadas de um incremento na concentração de capital ou, como neste caso, de recursos naturais e de um retrocesso em matéria de direitos sociais, trabalhistas ou ambientais da classe trabalhadora. A que sofre suas conseqüências.

Nesse contexto, torna-se relevante a valorização do trabalho e revitalização dos direitos sociais assegurados pela Constituição e pela legislação⁵, pois não se está a proteger o trabalho abstratamente considerado, mas sim as pessoas, já que o posto de trabalho não é uma realidade em si, como o capital, mas uma realidade e uma necessidade básica⁶ do ser humano na luta por condições dignas de vida.

Atualmente, com o surgimento de novas tecnologias próprias da quarta revolução industrial e o apetite voraz por lucros, típico do capitalismo financeiro e dos ventos neoliberais que o acompanham, as empresas têm enxugado suas estruturas, mantendo em seus quadros apenas os empregados inseridos em suas finalidades essenciais, contratando, para suas atividades-meio, empregados “temporários” ou “terceirizados”, não só para serviços de conservação e limpeza e serviços de vigilância, tradicionalmente admitidos na jurisprudência pátria, mas agora também expandindo a chamada terceirização para setores como de contabilidade, assistência médica, alimentação, manutenção de máquinas, transporte etc.

⁵ Que constituem um mínimo e não um máximo, vale lembrar.

⁶ A formulação do conceito de necessidade básica é oriunda, no plano internacional, da Conferência Mundial da OIT sobre Emprego, Distribuição de Renda e Progresso Social, realizada em Genebra, em junho de 1976.

Nessa linha cruel de reorganização empresarial⁷, na busca de lucratividade máxima a menor custo, já advertia o DIEESE⁸ que não há previsão de os sindicatos serem informados sobre terceirização e nem menção à negociação coletiva em processos de mudança nas condições de trabalho, além de não existir referência à representação sindical de trabalhadores terceirizados que ficam no limbo entre os trabalhadores da categoria preponderante da empresa tomadora. No lapso de quase vinte anos entre a discussão do Projeto de Lei n. 4.302/2008 e a edição da Lei n. 13.429/2017, nada mudou no particular.

Produz-se, portanto, uma fragmentação do trabalho em vários aspectos: rompe-se o elo entre o tomador beneficiário da mão de obra e o trabalhador prestador de serviços; rompe-se o elo entre o trabalhador terceirizado e o sindicato da categoria; rompem-se os laços de solidariedade entre o terceirizado e o empregado direto da tomadora, apesar de ambos participarem do mesmo empreendimento econômico.⁹

⁷ Margareth Garcia VIEIRA (2005, p. 48) assim descreveu a realidade da “nova empresa”: “O núcleo central da produção industrial é formado por um conjunto de operários de alta formação, integrantes de quadros fixos, com emprego estável, salários adequados e valorização profissional progressiva. Na periferia estão os trabalhadores de um quadro volátil e dinâmico, destinado a ajustar seu tamanho às dimensões da demanda e às contingências da concorrência. A órbita periférica provém da subcontratação ou são trabalhadores admitidos mediante contratos a prazo.”

⁸ Recordando a Nota Técnica n. 77, “PL n. 4.302: A nova lei do trabalho temporário e a regulamentação da terceirização.” (Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2008/notatec77PL4302.html>. Acesso em: mar. 2019.)

⁹ SOUTO MAIOR (2009, p. 163) explica a dura realidade dos terceirizados: “Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio-ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio-ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.”

De modo que os efeitos nefastos do crescimento da informatização e da terceirização¹⁰ produzem não só a redução do emprego formal e a crescente precarização das condições de trabalho como também a diminuição do acesso aos direitos e ao sistema de proteção social, desafiando os Estados a gestar novas formas de regulação da economia e de tutela dos direitos sociais.

SUPIOT¹¹ esclarece que, dentro do modelo industrial da empresa centralizada e hierarquizada, abarcando todos os aspectos da realização de um produto, era possível fazer uma clara distinção entre trabalho subordinado e trabalho independente; porém, dentro do modelo reticular da ação econômica que prevalece na atualidade, isso desaparece. Prossegue afirmando que a ideia da subordinação jurídica do Direito do Trabalho, de submissão estreita às ordens de um chefe, suaviza-se para dar lugar àquela da integração dentro de uma organização, no seio da qual os trabalhadores são livres para realizar os objetivos da maneira que desejarem, e se constituem tantas normas impessoais de avaliação que impõem a eles mesmos como seus chefes, ao passo que, no Direito Civil e Comercial, a independência jurídica perde parte de sua substância para submeter os empresários a disciplinas coletivas de redes integradas de produção ou de distribuição, cheias de empresários dependentes, que têm as responsabilidades da empresa sem poder dirigi-las livremente. Explica que, em ambos os casos, trata-se de novas formas de subordinação nas quais, em lugar de se inscrever em organizações coletivas estáveis e altamente hierarquizadas, o trabalho responde cada vez mais a procedimentos

¹⁰ Segundo VIANA (2009, p. 141), “[...] do legislador ao fiscal do trabalho, do líder sindical ao freguês de um restaurante, são vários os *terceiros* que podem influir na relação de emprego. Mas a palavra ‘terceirização’, como sabemos, tem sido usada para descrever um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios - como se inserisse uma outra dentro de si. Na verdade, esse fenômeno é ambivalente. A empresa também pratica o movimento inverso, descartando etapas de seu ciclo produtivo e os respectivos trabalhadores - com se lançasse dentro de outra. No limite, pode até se transformar numa fábrica vazia, mera gerenciadora de rede, hipótese em que a terceirização, como certa vez notamos, desliza para a terciarização.”

¹¹ SUPIOT (2008, p. 75).

de submetimento a redes de contornos incertos, com o que se inventam novas formas de governo das pessoas que se opõem às construções do Direito do Trabalho. Em suas palavras¹²:

Essas evoluções não são em si nem boas nem más. Podem aportar tanto o melhor como o pior, e tudo dependerá da maneira como se saiba controlá-las. Por uma parte, contém formas inéditas de alienação das pessoas. Ao menos, o trabalhador submetido às ordens podia contentar-se em obedecer e, quanto aos demais, guardar as distâncias. Não se lhe pedia que entregasse seu coração, sua fé, sua inteligência e sua criatividade à empresa. A partir de então, exige-se dele tudo isso, com o risco de um desposseimento de si mesmo, jamais igualado dentro do modelo industrial.

2 VÍCIOS DA LEI N. 13.429/2017

Na contramão do que se deveria fazer para a proteção das pessoas trabalhadoras, o advento da Lei n. 13.429/2017 é um exemplo de como o Brasil sucumbiu à pressão do capital rebaixando as condições de trabalho, pois, além de alterar e disciplinar os contratos temporários previstos na Lei n. 6.019/1974 - para pior -, contemplou, também, regramento acerca da terceirização, ampliando, inclusive, sua adoção para contratação em atividades-fins¹³ e não apenas em atividades-meio nas empresas. Ora, a terceirização sempre foi limitada pela jurisprudência, sobretudo pelos ditames mínimos contemplados na Súmula 331 do TST, com a seguinte previsão:

¹² *Idem*, p. 76. Obs.: a tradução é nossa.

¹³ A dicotomia atividade-fim vs. atividade-meio foi muito debatida no meio acadêmico e jurisprudencial, firmando-se um conceito genericamente aceito de que a primeira se insere dentro da própria destinação da atividade econômica da empresa, que integra seu objeto social (ex. costureira em facção), ao passo que a atividade-meio envolve a noção de atividade não essencial, que não tem relação direta com a atividade principal da empresa (ex. serviços de limpeza e portaria em indústrias).

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

Mas, em contrariedade à jurisprudência uniforme do TST, a nova lei das terceirizações prevê, em seu art. 9º, § 3º, que “o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” Portanto, a Lei n. 13.429/2017 amplia as possibilidades de terceirização, rebaixando as condições sociais dos trabalhadores, além de não prever garantias de efetivo cumprimento

das normas jurídicas de proteção quanto aos novos terceirizados. Há apenas um ensaio de proteção, quando o § 7º do art. 10 incorpora parte do entendimento já contido na Súmula 331 do TST, prevendo uma responsabilidade subsidiária da contratante pelas “obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário.”¹⁴ Não bastasse, a nova lei permite prática vedada na jurisprudência consolidada da Justiça do Trabalho, a chamada “quarteirização”, ao dispor que “a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para a realização desses serviços.”

Na verdade, a Lei n. 13.429/2017 padece, primeiramente, de déficit democrático, já que não foi dotada de legitimidade no processo legislativo, ao ter sido editada sem o consenso com a classe trabalhadora, ou seja, é proveniente apenas da classe empresarial, no que incide, inclusive, em violação às Convenções 98, 144 e 154 da OIT, sobre direito de sindicalização, tripartismo e fomento à negociação coletiva: a um, devido aos problemas gerados em relação à representação sindical dos terceirizados (que se dirá dos “quarteirizados”); segundo, por não ter sido fruto de diálogo tripartite; terceiro, por prejudicar a negociação coletiva da nova categoria de subcontratados que inaugura etc. Essa lei exacerba, ainda, a legalidade constitucional, cujos fundamentos da República relativos à cidadania, à dignidade humana e ao valor social do trabalho restam vilipendiados, bem assim praticamente a integralidade do art. 7º, porque todos os direitos ali previstos são rebaixados nas subcontratações na exata medida do ágio sugado dos trabalhadores pelos atravessadores de mão de obra.

A descaracterização dos conceitos de empregador e empregado, contidos nos arts. 2º e 3º da CLT, mediante a máscara de legalidade atribuída aos subcontratadores, é outra antinomia

¹⁴ Aliás, cindindo uma obrigação indivisível e solapando a solidariedade, pois, na prática, trocam-se as empresas atravessadoras de mão de obra e permanecem os trabalhadores no mesmo posto de trabalho.

brutal da Lei n. 13.429/2017 que não resiste a uma interpretação sistemática junto a Constituição, Convenções da OIT e CLT.

Essa tentativa de legalização das subcontratações desafia, pois, o devido controle de convencionalidade pelo cotejo das normas às Convenções da OIT supramencionadas, como também da própria Constituição da República, que não admite retrocesso social, tal qual expressa o *in fine* do *caput* do art. 7º que relaciona os direitos mínimos do trabalho, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social.” Ou seja, não há possibilidade de que norma infraconstitucional venha a rebaixar esses direitos mínimos, muito menos pela via transversa da terceirização ou quarteirização.

Nem se diga que as migalhas de garantias estendidas aos trabalhadores pela malsinada lei possam suplantar o conteúdo viciado em seu bojo, quando o art. 9º da Lei n. 13.429 refere que “a empresa contratante deve garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores”, mas maldosamente acrescenta “quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.” Ora, o meio ambiente do trabalho é uno e indivisível e, *ipso facto*, solidária a responsabilidade pela sua preservação, conforme art. 200, VIII, c/c art. 225 da CR, pouco importando que a prestação de serviços se dê no estabelecimento da tomadora ou fora dele, já que, beneficiária da mão de obra, deverá responder pelos danos causados, na forma do art. 927 c/c art. 942 do Código Civil, cabendo-lhe zelar pela saúde dos que lhe prestam serviços, seja diretamente ou por intermédio de terceiros.

Enfim, são incontáveis os defeitos da Lei n. 13.429/2017, sendo os supra destacados apenas a título exemplificativo.

3 HORIZONTES HERMENÊUTICOS: O DECRETO N. 9.571/2018

O desafio dos Estados, em tempos de globalização e quarta revolução industrial, de manter o padrão de direitos sociais, já mencionado acima, nos países ditos desenvolvidos vem sendo

enfrentado com sistemas de *Compliance* e atendimento aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas) e as Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sendo o Brasil membro da primeira e aspirante a membro da segunda.

Por exigência do comércio internacional, diante do acordo firmado com o Chile em 2018, e para sedimentar a posição de aspirante a membro da OCDE, em novembro de 2018 foi editado o Decreto n. 9.571 que institui as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas e multinacionais que operem no território nacional.

A Lei n. 13.429/2017, portanto, deve obediência a esses documentos que constituem a essência do regramento internacional para as empresas e os Direitos Humanos (incluídos os direitos laborais), especialmente o conteúdo do art. 6º do Decreto n. 9.571/2018, cujo *caput* e seus três primeiros incisos destacamos por interessarem diretamente ao tema:

Art. 6º. É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento e, principalmente:

I - agir de forma cautelosa e preventiva, nos seus ramos de atuação, inclusive em relação às atividades de suas subsidiárias, de entidades sob seu controle direto ou indireto, a fim de não infringir os direitos humanos de seus funcionários, colaboradores, terceiros, clientes, comunidade onde atuam e população em geral;

II - evitar que suas atividades causem, contribuam ou estejam diretamente relacionadas aos impactos negativos sobre direitos humanos e aos danos ambientais e sociais,

III - evitar impactos e danos decorrentes das atividades de suas subsidiárias e de entidades sob seu controle ou vinculação direta ou indireta;

Desnecessário lembrar que o Decreto n. 9.571/2018 adquire *status* de norma constitucional, em consonância com os §§ 2º e 3º do art. 5º da CR, por versar sobre Direitos Humanos e Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, como as Convenções da OIT, quando mais, detendo o País a condição de membro da ONU, está obrigado a cumprir as Resoluções das Nações Unidas.

Nesse compasso, o art. 5º do Decreto n. 9.571/2018 menciona de forma expressa os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, as Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE e as Convenções da OIT, inclusive dizendo que as empresas devem divulgar internamente esses documentos.

Particularmente, o inciso VIII do art. 8º do Decreto n. 9.571 afirma que cabe às empresas buscar a erradicação de todas as formas de desigualdade e discriminação. Ora, na medida em que um processo de subcontratação implicar desigualdade e discriminação dos trabalhadores subcontratados em relação aos empregados diretos do empreendimento, resta concluir tratar-se de violação não só às Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, como também diretamente aos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil sobre o tema.

Portanto, a análise da Lei n. 13.429/2017 não escapará da necessidade de sua aplicação e interpretação estar conforme o conteúdo desse Decreto que é simplesmente a síntese de regulamentação de alguns dos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, não constituindo, pois, de forma nenhuma, *soft-law*¹⁵ como pretendem alguns. Nesse

¹⁵ À primeira vista, poderia parecer *soft-law*, ou seja, norma sem força impositiva; no entanto, como o Brasil ratificou inúmeras Convenções da OIT e Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e, na qualidade de membro da ONU e da OIT, está obrigado ao seu cumprimento que dimana também para a sociedade em geral, em especial para as empresas (eficácia horizontal dos Direitos Humanos). Nessa ótica, o Decreto n. 9.571 nada mais faz do que regulamentar concretamente a sua aplicação, não alterando a eficácia dos Tratados e documentos internacionais nele referidos, mas, antes, reforçando-a com indicações claras e precisas de como operar seu cumprimento.

sentido, aliás, já se alinha a jurisprudência, como se pode constatar do Acórdão de lavra do eminente Desembargador José Eduardo de Resende CHAVES JUNIOR¹⁶:

*COMPLIANCE TRABALHISTA DA TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O princípio ético de integridade empresarial e as práticas de *compliance* trabalhista impõem, como decorrência lógica do princípio da legalidade, que a empresa zele pelo rigoroso cumprimento da legislação trabalhista em relação a todos os trabalhadores que laborem a seu benefício, registrando com transparência os dados desses trabalhadores para a facilitação da auditoria do trabalho, porquanto constitui ato lesivo à Administração Pública dificultar atividade de investigação ou fiscalização pelos órgãos estatais (Inteligência dos art. 5º, II, da Constituição, art. 5º, V, da Lei 12.846/2013 e arts. 41 e 42 do Decreto 8.420/2015).*

4 CONCLUSÃO

É certo que a figura do empregador, originariamente, é a da empresa prestadora dos serviços, que é quem contrata, assalaria e dirige a prestação dos serviços, na forma do art. 2º da CLT. Todavia, caso a empresa opte em contratar trabalhador por interposta pessoa, em atividade que lhe é essencial, a jurisprudência, em face da fraude constatada na contratação, na forma do art. 9º da CLT, deverá continuar reconhecendo o vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços. Nesse caso, inclusive, em razão da fraude da contratação, é possível, também, atribuir responsabilidade solidária entre as empresas (prestadora e tomadora dos serviços) em face do ato ilícito.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo n. 0011158-57.2017.5.03.0031 (RO). Rel. Des. José Eduardo de Resende Chaves Júnior. 26 de setembro de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Belo Horizonte-MG, 28 de setembro de 2018. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=4769>. Acesso em: fev. 2019.

A CLT, embora não constitua um código, é a legislação geral trabalhista, e as leis esparsas posteriores que venham a ser editadas devem respeito às suas regras gerais previstas no seu Título I - Introdução. Dos ensinamentos básicos da ciência do Direito, sabe-se que não há possibilidade de aplicação de norma de *per si*, sem considerar o conjunto de normas incidentes ao caso concreto, observada a hierarquia: primeiro a Constituição e Tratados Internacionais, depois a CLT, por fim, a lei esparsa.

Há de se entender, pois, que prevalecem as terceirizações conforme a Súmula 331 do TST, porque não se trata de simples jurisprudência, mas da consolidação de interpretação de diversas normas convencionais, constitucionais e legais que conformam a ordem jurídico-social, que uma norma esparsa não tem o condão de alterar, porquanto, repita-se, na sua aplicação, deve ser harmonizada ao todo. Nessa harmonização, obviamente, a Lei n. 13.429, quanto à autorização geral para subcontratações, cede diante de todos os vícios, antinomias e incompatibilidades já elencadas, e o contrato-realidade, extraído do princípio geral informador do Direito do Trabalho, da primazia da realidade, sempre indicará o caminho do art. 9º da CLT para os atos de sonegação de direitos sociais.

Por fim, é relevante dizer que os Direitos Humanos não são apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos Tratados Internacionais e constituições, eles asseguram direitos a indivíduos e coletividades, estabelecendo obrigações jurídicas concretas aos Estados, cujo cumprimento é impositivo e ao qual estão obrigados todos, Estados, cidadãos, cidadãos e empresas (eficácia horizontal dos Direitos Humanos).

Nesse contexto, em face do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, a competitividade almejada pelas empresas, nacional e internacionalmente, não pode ser obtida à custa da sonegação dos direitos do trabalhador ou mediante retrocesso social.

Aliás, é de se ter em conta, como bem ponderou Jorge SOUTO MAIOR¹⁷, que:

[...] o direito do trabalho não pode gerar bens à satisfação do incremento da economia, pode, por outro lado, fixar um parâmetro de segurança e dignidade nas relações de trabalho, que tanto preserve o homem no contexto produtivo quanto, de certa forma, acabe beneficiando as políticas econômicas.

A terceirização ainda é matéria polêmica, e cabe à Justiça do Trabalho, na análise dos conflitos postos à sua apreciação, prestigiar o Princípio Protetivo do trabalhador, sobretudo em razão da natureza alimentar do crédito trabalhista. Que a humanização do capitalismo chegue concretamente em nosso País: que a letra do Decreto n. 9.571 não seja morta, mas um farol de interpretação e aplicação do Direito do Trabalho conforme os Direitos Humanos. A lucratividade das empresas não está acima de tudo e nem as terceirizações acima de todos. Assim, a questão deve ser avaliada à luz da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, e não apenas da lógica de mercado, pois o trabalhador não pode jamais ser aviltado em seus direitos que são o núcleo duro da sua sobrevivência e possibilidade de vida digna.

Há, pois, múltiplas antinomias entre a Lei n. 13.429/2017 e a ordem jurídico-constitucional pátria, que, espera-se, a jurisprudência venha a resolvê-las conforme a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, notadamente as Convenções da OIT, ou seja, em favor das pessoas trabalhadoras e contra o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. *UberCapitalismo: a contrarrevolução do século XXI. Outras Palavras*, São Paulo, 18.10.2017. Disponível em:

¹⁷ SOUTO MAIOR (2004, p. 47).

<https://outraspalavras.net/trabalhoeprecariado/ubercapitalismo-contra-revolucao-no-seculo-xxi/>. Acesso em: mar. 2019.

APORTA, Samuel Romero. *El crecimiento continuo lleva a entornos insostenibles*. *Revista Contexto*, Madrid: Contexto y Acción, n. 212, 13.03.2019. Disponível em: <https://ctxt.es/es/20190313/Firmas/24887/Samuel-Romero-Aporta-tribuna-petroleo-crecimiento-economia.htm>. Acesso em: mar. 2019.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. A terceirização e o *joint employment*. *Valor econômico*, São Paulo: Globo, 03.01.2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/5243201/terceirizacao-e-o->. Acesso em: mar. 2019.

DIEESE. Nota Técnica n. 77: PL n. 4.302: *A nova lei do trabalho temporário e a regulamentação da terceirização*. Out. de 2008, p. 4. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2008/notatec77PL4302.html>. Acesso em: mar. 2019.

GALTUNG, Johan. *Direitos humanos: uma nova perspectiva*. Lisboa: Piaget, 1994.

SENA, Adriana Goulart de. A terceirização na realidade brasileira. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 47-62, jan./jun. 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização e a lógica do mal. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves (org.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 23-32.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 25, p. 48-93, jul.-dez. 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho descentralizado: a terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Distrito Federal de México, p. 159-74, jul.-dez. 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640264006>. Acesso em: mar. 2019.

SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 141-56, jan.-jun. 2009.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. *A globalização e as relações de trabalho*. 2. ed. rev. e atual., Curitiba: Editora Juruá, 2005.

DECISÃO PRECURSORA

DECISÃO PRECURSORA

TRT-01019-2009-008-03-00-4 RO*

RECORRENTE(S): BANCO BMG S.A. (1)
PRESTASERV - PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA. (2)
RECORRIDO(S): LISSANDRA RENATA ALVES GOMES

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - RESOLUÇÃO 3.110/1973 DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. Não se pode conceber por ilícita, ilegal e fraudulenta a terceirização de atividades que não se enquadram como atividade-fim do tomador de serviços, máxime se considerado o disciplinamento da matéria pelo Banco Central do Brasil que, através da Resolução 3.110/1973, autorizou a contratação, por parte dos bancos e demais instituições financeiras, de correspondentes para o desempenho das funções que enumera. Com efeito, não se mostra crível admitir o entendimento de que seria ilegal ou fraudulento o que é permitido pela instituição estatal normatizadora do sistema bancário no país, não sendo o caso de se conferir ao empregado inserido nessa situação a condição de bancário. Em sendo lícita a terceirização, o vínculo somente será reconhecido se ficarem caracterizados os requisitos

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

previstos no art. 3º do Texto Consolidado. Mas não sendo esta a hipótese dos autos, não há se falar em reconhecimento da relação de emprego diretamente com o tomador de serviços.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, em que figuram, como recorrente(s), BANCO BMG S.A (1), PRESTASERV - PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA. (2) e, como recorrida, LISSANDRA RENATA ALVES GOMES.

RELATÓRIO

A 8ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em sentença da lavra do Ex.^{mo} Juiz Daniel Cordeiro Gazola, proferida às f. 684/691, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na presente reclamação trabalhista, para condenar os reclamados, solidariamente, ao pagamento das parcelas descritas no dispositivo de f. 689/690, determinando a anotação da carteira de trabalho da autora pelo Banco BMG, primeiro reclamado, considerando a admissão em 04.07.2006 e dispensa em 20.12.2008, na função de bancária.

Embargos declaratórios pelo primeiro réu às f. 692/695, providos, em parte, conforme decisão de f. 697, para excluir o item 04 do dispositivo de f. 690, expungir dos fundamentos de f. 688 a frase “[...] isso, de maneira incontroversa, quando o autor era auxiliar administrativo, já havendo o grupo BMG confessado que sua jornada, nessa época, era de 8 horas diárias e 44 semanais”, e também para fazer constar da conclusão “aviso prévio trabalhado” e não, simplesmente, “aviso prévio”.

Às f. 698/715 recorre ordinariamente o Banco BMG. Insurge-se contra o reconhecimento da vinculação empregatícia e condição de bancária da reclamante, notadamente considerando o exercício da função de Operadora de *Telemarketing* e consequente deferimento das parcelas consectárias; pede a exclusão da responsabilidade solidária imposta, dos benefícios estabelecidos

nas CCTs daquela categoria, horas extras excedentes da 30ª hora semanal laborada, minutos posteriores à jornada, reflexos em repouso semanais remunerados e incidência dos ditames do artigo 475-J do CPC.

Recorre também a terceira reclamada, PRESTASERV, às f. 718/732, igualmente em face da relação de emprego estabelecida diretamente com o primeiro réu, reconhecimento da condição de bancária da reclamante e condenação ao pagamento das parcelas decorrentes. Se mantido o posicionamento adotado, requer, na apuração das diferenças salariais, sejam considerados os prêmios mensais pagos. Impugna a concessão de reflexos em aviso prévio e das diferenças salariais em repouso semanais remunerados. Pede a exclusão das horas extras deferidas, incluindo minutos residuais e respectivas incidências sobre os repouso semanais remunerados, intentando, por fim, a exclusão da multa prevista no artigo 475-J do CPC.

Recolhimento de custas e depósito recursal comprovados às f. 733/734.

Contrarrazões pela reclamante às f. 740/751 e 752/765.

A douta PRT não se manifestou nos presentes autos.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Determino, de plano, a retificação da autuação para fazer constar como recorrentes: BANCO BMG S.A. (1) E PRESTASERV - PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA. (2); como recorrida, LISSANDRA RENATA ALVES GOMES.

As partes tiveram ciência da r. decisão proferida em embargos declaratórios mediante publicação em 19.02.2010, sexta-feira (certidão de f. 697-verso), revelando-se próprios, regulares e tempestivos os apelos interpostos pelo primeiro reclamado, Banco BMG e pela terceira demandada em 01.03.2010,

segunda-feira, f. 698 e 718, subscritos pelas procuradoras constituídas conforme documentos de f. 716 e 735.

Observo, outrossim, que, não obstante apenas a PRESTASERV tenha comprovado o recolhimento das custas processuais e o depósito recursal efetuado, não há que se falar em deserção do recurso do primeiro réu.

É que a terceira reclamada não postula sua exclusão da lide, limitando-se a impugnar a decisão de origem que reconheceu o vínculo diretamente com o primeiro reclamado.

Sendo assim, entende-se que o preparo prévio realizado pela terceira demandada aproveita ao primeiro reclamado, nos termos do item III da Súmula 128 do C. TST.

Em 04.03.2010, quinta-feira (f. 738), foi a reclamante notificada para ciência dos recursos empresários e, assim, igualmente escoreitadas as contrarrazões protocoladas em 10.03.2010, quarta-feira, f. 740 e 752, assinadas pelo procurador constituído conforme f. 27.

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos pelo primeiro reclamado e terceira ré, bem como das contrarrazões obreiras.

Considerando a identidade das matérias suscitadas, analiso em conjunto os apelos.

Juízo de mérito

Da relação havida entre partes - Terceirização lícita - Afastamento da condição de bancária da autora e exclusão das verbas consectárias - Jornada reduzida inaplicável

Insurgem-se os reclamados, primeiro e terceira, contra a declaração de nulidade da terceirização perpetrada e reconhecimento da existência de vínculo de emprego diretamente com o Banco BMG.

Em síntese sustentam a licitude dos contratos celebrados, aduzindo que a reclamante desenvolvia as atividades de

operadora de *telemarketing*, estando subordinada às suas efetivas empregadoras, RH TIME E PRESTASERV, inseridos os serviços prestados no objeto dos pactos firmados entre as empresas; argumentam que a terceirização dos serviços correspondentes ao encaminhamento de pedidos de empréstimos pessoais e de crédito direto ao consumidor, levantamento e cadastramento de dados, cobrança amigável de créditos se fez de forma perfeitamente lícita e legal, sendo previamente autorizada pela Resolução 3.110/2003 do Banco Central do Brasil, não constituindo atividade-fim bancária.

Asseveram que o mister desempenhado, como operadora de *telemarketing*, não se enquadra como atividade-fim de uma instituição financeira, consoante, inclusive, prova testemunhal produzida nos autos, sendo realizada por qualquer operador de *telemarketing* de grandes redes de lojas e supermercados. Citam decisões proferidas por outras Turmas deste Egrégio Tribunal Regional e igualmente por este Relator, em amparo à tese.

Pede o primeiro réu a exclusão da responsabilidade solidária imposta e afastamento do vínculo de emprego com ele diretamente reconhecido, ambos os reclamados postulando a exclusão dos direitos inerentes à categoria dos bancários.

Ab initio, consoante se extrai da peça de ingresso, foi a reclamante contratada, inicialmente, pela segunda reclamada, RH TIME Recursos Humanos, em 05.01.2006, dispensada injustamente em 03.07.2006 e, ato contínuo, na data de 04.07.2006, admitida pela terceira ré, PRESTASERV, até 20.12.2008, prestando serviços, durante todo o período, exclusivamente para o primeiro reclamado (BANCO BMG), que se beneficiou da força de seu trabalho.

Denunciam também os elementos de prova contidos no processado que a reclamante desenvolvia tarefas ligadas ao setor de *call center*, tendo sido admitida como Operadora de *Telemarketing* (v.g. documentos de f. 471 e 515), tanto pela segunda quanto pela terceira ré, o que a atrial se furta a esclarecer.

Aliás, a própria reclamante assim reconhece, conforme depoimento pessoal de f. 659, ao afirmar que:

[...] prestou serviço de operadora de *telemarketing*, sendo que o *call center* onde prestou serviço, ao que sabe, era do Banco BMG [...].

O noticiado, por si só, abalroa a tese de ingresso e confirma a defensiva.

Consoante, inclusive, já elucidado em inúmeros casos similares, diuturnamente trazidos à apreciação desta E. 4ª Turma, não há dúvidas de que a reclamante não realizava tarefas tipicamente bancárias, na esteira, ainda, da prova testemunhal emprestada dos processos n. 00414-2009-109-03-00-4, 00175-2009-111-03-00-9, 00475-2008-004-03-00-0, 01372-2008-110-03-00-8 e 01530-2008-105-03-00-4, conforme convencionado pelas partes na Ata de f. 659, utilizando-se dos depoimentos prestados por Edisnearia Ribeiro, Christiane Conceição, Marcelo Sander, Cristina Andrade, Negia Zebian e Gabriel Augusto.

A propósito, não obstante expresso no termo de audiência que anexados seriam tais depoimentos, não foram, obrigando este Relator, diante do deslize da origem, a buscá-los, um a um, em consulta através do *site* deste Regional para verificar as informações prestadas, nessas linhas:

Trabalhou na terceira reclamada entre 2005 e 2008, na função de operadora de telemarketing, sendo entre 2005 e 2006 através da RH Time e em seguida contratada pela Prestaserv; fazia empréstimos e refinanciamentos para servidores públicos, através dos contatos telefônicos que mantinha com esses servidores; esses empréstimos eram feitos em função do Banco BMG mas seus supervisores eram empregados da Prestaserv; teve vários supervisores, todos eles empregados da Prestaserv; as pessoas com os quais faziam contato para empréstimos e refinanciamentos, alguns já eram clientes do Banco BMG e outros não; [...] não precisava da interferência de ninguém do banco para liberar valor caso fosse refinanciamento; não havia, no local onde trabalhava, funcionários do Banco BMG na mesma função do que a dela; [...]. - depoimento da testemunha Edisnearia Ribeiro de Souza Arantes.

[...] que foi contratada pela 2ª reclamada de 12.12.2005 a 12.06.2006, como operadora de *telemarketing*; que trabalhou para a 3ª reclamada de 12.06.2006 a 20.12.2008, como operadora de *telemarketing*; que trabalhava na concessão de empréstimos para servidores públicos, aposentados e pensionistas; [...] sua supervisora era a Srª Ana Lúcia Riola, empregada da 3ª reclamada; que as ordens eram repassadas pela Srª Ana Carolina Ramos, empregada do Banco BMG à Srª Ana Lúcia, a qual repassava as referidas ordens à depoente [...]; quando passou a trabalhar para a 2ª reclamada, continuou exercendo as mesmas atribuições que fazia na 1ª ré, no mesmo local; [...] também trabalhava no receptivo, esclarecendo que, se colocasse disponível, as ligações surgiam [...]. - depoimento de Christiane Conceição de Oliveira.

[...] foi empregado da 3ª reclamada de 22.11.2005 a 23.06.2008; que era operador de *telemarketing*; que prestava serviços para a 1ª reclamada; que o único cliente da 3ª reclamada era a 1ª reclamada; a reclamante atendia clientes e fazia venda de produtos da 1ª reclamada; que faziam um cadastramento e análise de margem de possibilidade de empréstimo, passavam os da 1ª reclamada e, em seguida, informavam o cliente; estavam subordinados a supervisores e coordenadores da 3ª reclamada [...]. - depoimento de Marcelo Sander Drummond.

Que trabalhou para a 2ª reclamada, na rua Tamoios, sendo que entende que, no local, fica a 3ª reclamada; existem empregados da 3ª reclamada que prestavam serviços na mesma sala da depoente; no local em que trabalhava, somente ativavam-se operadores de *telemarketing*, função que era desempenhada pela depoente e pela reclamante; reclamante e depoente eram subordinadas a Reinaldo, que era Supervisor e empregado da 2ª reclamada; reclamante recebia telefonema de clientes e telefonava para clientes, sendo que, com maior frequência, apenas recebia telefonemas; que o cliente telefonava para a reclamante para saber se seu contrato havia sido aprovado, para solicitar crédito, para solicitar cartão, para refinarar dívida; que a análise de concessão do crédito, do cartão de crédito e de toda a movimentação financeira era feita em outro local e por outro setor, não sabendo dizer por quem; que realmente

era o outro setor quem tratava do crédito, sendo que o que o operador fazia era comunicar o cliente das decisões tomadas pelo setor competente de análise de crédito; que o operador não fazia qualquer outra coisa a não ser dar informação para o cliente; não havia qualquer outro tipo de serviço no prédio que a depoente trabalhava a não ser o de telemarketing, sendo que ativavam-se no local operadores, supervisores, monitores de equipe e gerência dos supervisores, sendo que todos esses trabalhavam para a 2ª reclamada; todos trabalhavam com crachá com inscrição “Prestaserv”; [...]. - depoimento de Cristina Andrade Rocha.

[...] trabalhou para a 1ª recda. de jan./2006 a julho/08, tendo trabalhado junto com a reclamante, sendo ambas operadoras de telemarketing; ambas trabalharam no “servidor público”, atuando no telemarketing ativo e passivo, fazendo contato com clientes e recebendo ligações dos mesmos, com o objetivo de concessão de empréstimo e refinanciamento; verificada a condição do refinanciamento, cabia à depoente e à reclamante colocar o OK, após o que o contrato era redigido; não sabe dizer quem assinava o contrato; estavam subordinadas à Rosângela e depois à Flávia, ambas empregadas da segunda reclamada; o primeiro reclamado não mantinha qualquer empregado seu no local, exercendo as mesmas atividades; não havia qualquer empregado do primeiro reclamado a que estivessem subordinadas; sempre trabalharam em ambiente físico da 2ª recda., não sabendo dizer a quem pertenciam os equipamentos; chegaram a trabalhar com financiamento para servidores vinculados à prefeitura do Rio de Janeiro; após o contato com os servidores, depoente e reclamante faziam a averbação dos contratos de refinanciamento; quanto a aposentados pelo INSS, podiam fazer o empréstimo; tinham acesso à intranet do BMG, por meio do sistema disponibilizado pela 2ª recda.; não tinham acesso à movimentação da conta corrente dos clientes; se apresentavam ao telefone como funcionária do BMG [...]. - depoimento de Negia Zebian.

E, por fim, o último depoimento testemunhal emprestado conforme convencionado pelas partes, referendando a limitada atuação dos operadores de *telemarketing*:

[...] todo contrato de empréstimo é formalizado por escrito e assinado pelo banco e pelo cliente; que o operador de telemarketing não assina contrato, nem libera empréstimos; que, para liberar empréstimo, o funcionário tem que ter a senha do Bacen; que somente o setor do depoente libera empréstimo e tem quatro funcionários que liberam os empréstimos; que só esses funcionários têm senha específica do BACEN; que o setor do depoente efetua os pagamentos dos empréstimos consignados; que somente os funcionários do setor do depoente liberam os referidos empréstimos; que o reclamante era um intermediário entre os clientes e o BMG; que o operador de telemarketing somente preenche a proposta de solicitação de crédito. - depoimento de Gabriel Augusto França de Andrade.

Tudo esclarecido, está mais que evidente a limitação das atividades desenvolvidas pela recorrida, concernentes, apenas, às vendas dos produtos do tomador dos serviços, tais como oferecimento de empréstimo e refinanciamentos.

É o quanto basta para, diversamente de casos aparentemente símiles já analisados por este Relator, constatar que, na espécie, a razão está com os reclamados, tal qual, a propósito, o julgamento que proferi nos autos do processo 01333-2008-016-03-00-0 RO, DJMG 11.05.2009.

Com efeito, a Resolução 3.110, de 31.07.2003, do Banco Central do Brasil, juntada às f. 367/369, e também a Resolução 3.156, de 17.12.2003 (f. 370/371), que alterou alguns dos dispositivos daquela, autorizam a contratação de correspondentes pelas instituições bancárias e outras instituições financeiras para a execução de atividades voltadas para a recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança; recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como aplicações e resgates de fundos de investimento; recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor; execução ativa

ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante; recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos; análise de crédito e cadastro; execução de serviços de cobrança; recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito; outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas; outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

Nesse contexto, uma vez autorizada pelo Banco Central do Brasil a contratação de empresa terceirizada para a execução de tais atividades - sendo que, na hipótese vertente, o trabalho desenvolvido pela autora era bastante mitigado se comparado ao leque amplo permitido -, não pode ser considerada ilegal ou fraudulenta para o fim de se descaracterizar o contrato de emprego celebrado entre o tomador da mão de obra (instituições bancárias e outras instituições financeiras) e a empresa de prestação de serviço.

Como visto, confessado pela reclamante e demonstrado pela prova testemunhal emprestada que as atividades desempenhadas como operadora de *telemarketing*, no *call center* em prol do BMG, limitavam-se à captação de clientes e financiamentos ou empréstimos, não pode o mister executado ser considerado como atividade típica dos bancários.

E mais: compulsando o Estatuto da PRESTASERV, coligido às f. 507/514, infere-se, na cláusula segunda, o seguinte:

A sociedade tem como objeto social:

- a) prestação de serviços de encaminhamento de pedidos de financiamento, análise de crédito e cadastro, preenchimento de formulários;
- b) a prestação de serviços de cobrança amigável, coordenação e controle de cobrança judicial;
- c) o controle patrimonial de terceiros;
- d) outros serviços de controle, inclusive processamento de dados;
- e) a guarda e gerenciamento de documentos de terceiros;
- f) assessoria técnica empresarial e comercial;
- g) promoção de exposição de bens duráveis (*Show Room*).

Por seu turno, em análise aos contratos de prestação de serviços celebrado pelo Banco BMG e a segunda reclamada, bem como entre esta e a terceira ré, observa-se que o objeto da contratação se amolda perfeitamente aos objetos sociais das prestadoras de serviços, sem que ali se verifique atividade primordial da instituição bancária de modo a comprometer a legalidade do processo de terceirização (f. 586/596).

Veja-se, a propósito, o disposto na cláusula segunda, à f. 590, *in verbis*:

A prestação de serviços a cargo da CONTRATADA, objeto do presente, consiste nos seguintes itens:

- Contatar clientes, inclusive funcionários públicos nas cidades citadas, com o escopo de identificar interessados em contrair empréstimos junto ao BMG;
- Análise dos créditos a serem concedidos;
- Prestar os devidos esclarecimentos e orientações sobre a forma e condições da operação, preenchendo toda a documentação necessária à formalização do empréstimo ou financiamento, colhendo as assinaturas exigidas, encaminhando em seguida ao BMG para aprovações e liberações dos recursos;
- Obter, quando for o caso, a homologação e a reserva da margem consignável junto à Secretaria de Estado da Administração ou do órgão público empregador do pretendente servidor público ou militar, ao crédito, nos termos da sistemática legal aplicável;
- Estudo, apoio, indicação e execução da melhor alternativa para recebimento dos créditos concedidos, observando-se os dispositivos da Lei 8.078 de 11.09.90;
- Emissão de papéis de controle e dados informatizados de acompanhamento dos créditos;
- Todas as demais atividades ligadas ao registro, manutenção, recuperação, proteção e reabilitação dos créditos na fase não judicial.

Não é o caso, portanto, *venia concessa* do posicionamento adotado em primeiro grau, de se declarar a fraude da terceirização dos serviços sob tal contexto, mesmo porque, repita-se, aqueles

executados pela reclamante estão inseridos dentre as atividades enumeradas pela Resolução 3.110 do Banco Central e, assim, permitidos pela instituição estatal disciplinadora do sistema bancário no país.

E é fato, ainda, que a contratação terceirizada, por si só, não representa violação direta à legislação trabalhista quando permite o repasse das atividades periféricas e/ou extraordinárias, promovendo, com isso, um incremento na oferta de postos de trabalho, os quais, se, a princípio, são precários, podem efetivar-se. Apenas quando se verifica que os serviços terceirizados estão intrinsecamente ligados à atividade-fim da tomadora, desvirtua-se o instituto, que não pode e nem deve servir de instrumento para alijar o empregado das garantias creditórias ofertadas por essas empresas que, geralmente, ostentam maior solidez econômico-financeira em relação às prestadoras de mão de obra, o que, entretentes, não é o caso dos autos. Ao menos assim não se demonstrou.

Para ilustrar, confira-se a jurisprudência desta Casa em idênticas hipóteses:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO - OPERADOR DE *TELEMARKETING*. Não há como reconhecer a ilicitude da terceirização, a uma porque a função de operador de *Telemarketing*, ou Serviço "Call-Center 0800", nos moldes revelados na demanda, não constitui atividade-fim de uma instituição bancária. Mencione-se que é cada vez mais comum a especialização de empresas neste ramo de prestação de serviços especializados para as instituições bancárias, para operadoras de telefonia, de cartões de crédito, dentre outras. A duas, não restaram demonstrados nos autos outros fatores que pudessem conduzir à ilicitude do processo de terceirização, como a subordinação jurídica em relação ao tomador dos serviços. Recurso que se dá provimento. (00200-2009-139-03-00-0 RO, Relator Desembargador Paulo Roberto de Castro, DJMG 26.11.2009.)

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE-MEIO - CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. Demonstrado nos autos que o reclamante exercia tarefas relacionadas à atividade-meio da instituição financeira, não ficando provada a subordinação direta do

obreiro a prepostos do banco, está correta a r. sentença ao julgar improcedente o pedido de reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, e, conseqüentemente, afastar sua condição de bancário. (00186-2009-005-03-00-9 RO, Relatora Desembargadora Alice Monteiro de Barros, DJMG 08.10.2009.)

EMENTA: BANCO - SERVIÇOS RELACIONADOS À ATIVIDADE-MEIO - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. Não se olvida que a contratação de serviços ligados à atividade-fim do tomador seja ilegal e autorize o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com esta empresa, na forma do artigo 9º da CLT e da Súmula n. 331, I, do C. TST. Porém, na hipótese dos autos, restou comprovado que as atribuições desempenhadas pela Reclamante se inserem na atividade-meio do Banco, sendo certo que o conjunto probatório não revela indício algum de fraude, mas apenas a prática de legítima terceirização, por meio de contrato de natureza civil celebrado entre empresas, o qual se operou segundo as regras do ordenamento jurídico e dentro dos parâmetros do item III da Súmula n. 331 do C. TST. Não há, por conseguinte, como se reconhecer a existência de vínculo de emprego com a entidade financeira, nem a condição de bancária da Autora, razão pela qual deve ser mantida a r. decisão primeva. (01411-2008-012-03-00-1 RO, Relator Desembargador Márcio Ribeiro do Valle, DJMG 14.09.2009.)

E, para arrematar, nem sequer analisando a questão sob o enfoque dos requisitos preceituados no artigo 3º do Texto Consolidado, é possível o acolhimento da tese de fraude, com o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o Banco BMG, primeiro reclamado, pela mais completa ausência de prova da presença dos pressupostos da relação de emprego.

Os requisitos inerentes à caracterização do vínculo empregatício não se configuram em relação ao primeiro reclamado, até porque não comprovou a reclamante ter exercido as mesmas atividades concomitantemente a outros empregados do Banco, aliado ao fato de que os seus serviços não se inserem no conceito de trabalho bancário.

Assim, à míngua de prova dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício da reclamante com o Banco BMG, em especial, a subordinação jurídica, uma vez que sempre exerceu suas atividades vinculada à segunda e terceira reclamadas, suas efetivas empregadoras, não se reconhece fraude quanto aos direitos trabalhistas, permanecendo incólumes os contratos firmados com as demais reclamadas, segunda e terceira, conforme já anotado na carteira de trabalho.

Repisa-se, não há provas da alegada subordinação aos prepostos do Banco-reclamado e, quando muito, este apenas fiscalizava o cumprimento do contrato, gerindo as operações. Vale esclarecer que a fiscalização dos serviços prestados pelos empregados da empresa contratada não desvirtua a terceirização, mesmo porque a execução dos serviços se faz no interesse do tomador.

E o trabalho de *telemarketing*, na forma contratada, é uma atividade que tem como objetivo a venda de produtos e serviços, ou o atendimento a clientes, por telefone, não podendo ser caracterizado como uma função essencialmente bancária. Trata-se de atividade-meio das instituições bancárias, meramente instrumental e preparatória da atividade bancária propriamente dita.

Sendo assim lícita a terceirização de serviços, mostra-se improcedente a pretensão relativa ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o primeiro reclamado e conseqüências daí decorrentes, a saber: anotação da CTPS, aplicação das Convenções Coletivas da categoria dos bancários para efeitos de apuração das diferenças salariais deferidas, com reflexos, auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação, Participação nos Lucros e Resultados, indenização adicional prevista na cláusula 48ª da CCT 2008/2009 e enquadramento no *caput* do artigo 224 da CLT para fins de cálculo das horas extras - incluindo os sábados tidos como dias úteis não laborados - assim consideradas as excedentes da 30ª semanal, vide fundamentação de f. 688 da decisão vergastada.

Aliás, esclareça-se que as horas extras foram deferidas, tão somente, em decorrência do trabalho aos sábados, tendo em vista a sujeição - afastada - à jornada reduzida da categoria dos

bancários, ficando, assim, expungida da condenação a sobrejornada reconhecida.

E, para que dúvida alguma remanesça, sequer demonstrou a reclamante eventuais diferenças, sob a ótica do labor prestado por oito horas diárias e/ou 44 semanais, sendo que a exordial estampa, cristalina, a fundamentação da causa de pedir alicerçada, justamente, naquele horário reduzido, próprio dos bancários em geral (vide f. 19), bem como em decorrência da suposta existência de diferenças salariais - também já afastadas - que culminariam na quitação, a menor, das horas extras praticadas.

Não havendo que se falar em enquadramento na categoria dos bancários, não subsiste mesmo a condenação imposta.

Provimento concedido, ao enfoque.

Minutos posteriores à jornada e reflexos

Deferiu a r. sentença hostilizada, além das horas extras já excluídas, pelo afastamento da incidência dos preceitos expressos no *caput* do artigo 224 da CLT, 20 (vinte) minutos extras diários, posteriores à jornada, com espeque na prova testemunhal produzida no presente feito, desconsiderando, no aspecto, a prova emprestada, fundamentos de f. 689.

Ocorre que, em verdade, as informações colhidas nestes autos, consoante depoimento de f. 660, não foram corroboradas pelas demais testemunhas ouvidas nos outros processos, descritos na Ata de f. 659, sendo que não houve ressalva alguma, pelas partes, quanto ao teor da prova emprestada, sendo hábil, portanto, também ao deslinde do tema vertente.

Confira-se, de plano, o noticiado pela testemunha Luiz Ricardo de Faria, f. 660:

[...] a folha de ponto não registrava a jornada real, mas apenas a jornada contratual; o depoente fechava a jornada no cartão de ponto, mas ficava para trás, às vezes se arrumando para sair de moto e via a reclamante fechando os sistemas, o que demandava cerca de 20 a 30 minutos.

Concordando com o inconformismo empresário, tenho por realmente frágeis as declarações prestadas para os fins pretendidos pela reclamante, conclusão que mais se reforça quando atentamos para as informações trazidas através da prova emprestada a respeito do tema:

[...] na verdade entravam no sistema uns 15 minutos antes e, às vezes, começavam a atender mais cedo e às vezes não; a reclamante, não fazendo hora extra, saía por volta de 14:05 horas; [...] ela, depoente, recebeu as horas extras que fez. - depoimento de Edisnaria Ribeiro de Souza Arantes.

[...] deveriam logar às 08:00; não era exigido que chegasse com a antecedência, noticiando que às 08:00 deveriam estar logadas; que já viu a reclamante chegando com 15/20 minutos de antecedência [...]; era estipulado que deveriam registrar a jornada com alguns minutos de variação; [...]. - depoimento de Christiane Conceição de Oliveira.

Como se vê, quando mencionam a ocorrência de tempo excedente, reportam-se os depoentes a minutos anteriores e não posteriores, como deferido.

Em parênteses, sinal-se ainda que as testemunhas Marcelo Sander Drummond, Cristina Andrade Rocha e Gabriel Augusto França de Andrade não trouxeram qualquer notícia a respeito de minutos excedentes.

Passemos à última narrativa:

[...] trabalhava de 8h as 14h com 15 minutos de intervalo e um outro de 05 minutos de 2ª à sábado, assim como a reclamante; pelo menos 2 vezes por semana depoente e recte. permaneciam no trabalho até as 16h, sendo todas as horas extras pagas [...].- depoimento de Negia Zebian.

Diante da prova oral produzida, em comparação com a emprestada, concluo que, de fato, não se desvencilhou a obreira do encargo que lhe competia.

Ademais, compulsando as folhas individuais de ponto ao

processado coligidas (documentos de f. 553/564 e 566/573), observa-se que não ostentam marcação britânica ou simétrica e há, nos recibos salariais de f. 38/47, o pagamento de horas extras.

Demonstração nenhuma de eventuais diferenças, noutra ordem, apresentou a reclamante, restando, nessa ordem de ideias, inviável cogitar em deferimento de minutos posteriores à jornada, diante da fragilidade da prova produzida pela autora, ônus seu.

Provejo os apelos, também no aspecto, para excluir da condenação o pagamento de 20 (vinte) minutos extras diários, posteriores à jornada, e respectivos reflexos, simples corolário do principal indeferido.

Condenação solidária e multa do artigo 475-J do CPC

Em face do analisado, a consequência é a improcedência da ação, excluídas todas as parcelas deferidas, prejudicando, assim, a apreciação dos temas alusivos à responsabilidade solidária imposta e à aplicação dos ditames expressos no artigo 475-J do CPC.

Invertidos os ônus de sucumbência, diante da declaração prestada pela reclamante à f. 28, defiro os benefícios da Justiça Gratuita para fins de isenção do pagamento das custas processuais.

CONCLUSÃO

Determino a retificação da autuação para fazer constar como recorrentes: BANCO BMG S.A. (1) E PRESTASERV - PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA. (2); como recorrida, LISSANDRA RENATA ALVES GOMES.

Conheço dos recursos interpostos, bem como das contrarrazões e, no mérito, dou-lhes provimento para, julgando improcedente a ação, absolver os reclamados da condenação imposta.

Invertidos os ônus de sucumbência, custas pela reclamante, isenta, autorizada a terceira reclamada a reaver, perante a Receita Federal, querendo, o valor recolhido a título de custas processuais.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Quarta Turma, determinou, primeiramente, a retificação da autuação para fazer constar como recorrentes: Banco BMG S.A. (1) e PRESTASERV - PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA. (2); como recorrida, Lissandra Renata Alves Gomes.; unanimemente, conheceu dos recursos interpostos, bem como das contrarrazões; no mérito, por maioria de votos, deu-lhes provimento para, julgando improcedente a ação, absolver os reclamados da condenação imposta. Invertidos os ônus de sucumbência, vencido o Ex.^{mo} Desembargador Antônio Álvares da Silva, custas, pela reclamante, isenta, autorizada a terceira reclamada a reaver, perante a Receita Federal, querendo, o valor recolhido a título de custas processuais.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2010.

JÚLIO BERNARDO DO CARMO
Desembargador Relator

Comentário*

Cuida-se de decisão precursora, proferida pelo Ex.^{mo} Des. Júlio Bernardo do Carmo, em que se discute a licitude da terceirização das atividades de atendente de *telemarketing*, prestadas por empregados de empresas terceirizadas, perquirindo se tais funções estariam ou não incluídas nas atividades-fim de bancos e demais instituições financeiras.

O tema “Licitude da Terceirização”, iteradamente tratado por esta Justiça do Trabalho, vinha sendo abordado sob diversos enfoques, mas se relacionando, na maioria das vezes, à diferenciação entre as atividades periféricas e as inerentes ao objeto social da tomadora de serviços, com o fito de se reputar válida ou não a terceirização dos serviços.

No caso da decisão em comento, o eminente julgador constatou, por meio da análise fática, que as atividades desenvolvidas pela reclamante em prol do banco tomador de serviços eram limitadas, resumindo-se à captação de clientes e venda de produtos, mediante atendimento de *telemarketing*.

Destarte, entendeu que não se tratava, em absoluto, de atividade primordial de instituição bancária, esteando-se, ainda, nas Resoluções 3.110, de 31.07.2003, e 3.156, de 17.12.2003, do Banco Central do Brasil, autorizando a contratação de correspondentes pelas instituições bancárias e outras entidades financeiras para a execução de atividades voltadas para a recepção e encaminhamentos de propostas de aberturas de contas de depósito à vista, a prazo e de poupança; recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem assim aplicações e resgates de fundos de investimento; recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor; execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante;

* Comentário feito pelo Desembargador do TRT da 3ª Região Paulo Chaves Corrêa Filho.

recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimo e financiamentos; análise de crédito e cadastro; execução de serviços de cobrança; recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito; outros serviços de controle, incluído o processamento de dados das operações pactuadas; outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

Reputou, portanto, lícita a terceirização havida, negando o vínculo da empregada com o banco tomador de serviços.

Pois bem.

Conforme é de conhecimento notório, em 30.08.2018, o STF encerrou o julgamento da ADPF 324 e RE 958.252, em que se analisava a constitucionalidade da terceirização das “atividades-fim” das empresas tomadoras de serviço, sendo que, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal, entendendo pela constitucionalidade da referida prática, fixou tese de repercussão geral, *verbis*:

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 contratante.

Insta, a princípio, esclarecer que não havia proibição para a terceirização de atividade-fim, sendo certo que tal vedação foi estabelecida pela edição da Súmula 331, a qual, em seu item III, dispõe que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem assim a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A partir dos julgamentos supramencionados, aludida discussão perdeu espaço no mundo jurídico, uma vez que restou permitida a terceirização de todas as atividades, bastando que os contratantes tomadores de serviços terceirizados se atenham aos requisitos estabelecidos na Lei n. 6.019/1974, modificada pelas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017.

Nessa ordem de ideias, e considerando que a jurisprudência dominante neste e. Regional, à época da prolação do acórdão ora comentado, voltava-se para o reconhecimento da ilicitude da terceirização das atividades de *call center* exercidas por empregados de prestadoras de serviço, em prol de instituições bancárias, é de se destacar o caráter vanguardista da decisão posta em análise.

O entendimento pioneiro esposado na decisão comentada se orienta no sentido da ampliação das atividades em que seria permitida a terceirização de serviços, a despeito do óbice instituído pela Súmula 331 da SDI-1 do TST.

Ao adotar tal perspectiva, o i. julgador conciliou seu entendimento ao contexto econômico atual, inegavelmente alterado ao longo dos tempos, sendo deveras necessária a constante harmonização da proteção aos direitos do trabalhador com as demandas empresariais.

Com efeito, a terceirização de serviços, em si, não representa, necessariamente, a precarização da relação de emprego e a sonegação de direitos aos trabalhadores. Atendidas as exigências especificadas em lei, aludido instituto pode ser fonte de ampliação de oferta de empregos, em franca contribuição com a economia do país, de molde a beneficiar empregados e empregadores. E, sobretudo, fomentar a concorrência.

Registre-se, por fim, que tal entendimento encontra esteio nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (artigo 170 da CFB), os quais devem ser sempre harmonizados com os direitos sociais e a dignidade humana do trabalhador (artigos 1º e 7º da CFB).

A realidade social está em incessante mutação, sendo certo que o direito não pode permanecer alheio às necessidades da sociedade, estando sujeito, portanto, a modificações necessárias ao contexto atual, conforme ocorre com a interpretação adotada no acórdão em comento.

Tal interpretação, no sentido de se ampliar o leque de atividades em que se permite a terceirização de serviços, foi convalidada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal,

permitindo a terceirização ampla, o que reafirma a ante guarda do entendimento do eminente Des. Júlio Bernardo do Carmo, o qual, com a acuidade e conhecimento jurídicos que lhe são peculiares, anteviu, com raro brilho e invulgar talento, o que ocorreria, após centenas de decisões conflitantes: a confirmação de seu seguro e firme entendimento no sentido da licitude da terceirização.

JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

SENTENÇAS

ACÓRDÃO SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

TRT- 0011050-06.2017.5.03.0103 (RO)

Publ. no “DE” de 25.01.2019

RECORRENTE: MIRELE DE FATIMA LIMA
RECORRIDOS: TEMPO SERVIÇOS LTDA., BANCO BRADESCO S.A.,
BANCO BRADESCO CARTÕES S.A., ALGAR
TECNOLOGIA E CONSULTORIA S.A.

RELATORA: DESEMBARGADORA JULIANA VIGNOLI CORDEIRO

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITUDE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. A terceirização de serviços foi tratada nos recentes julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF n. 324 e do RE n. 958.252, em 30.08.2018. Na citada ADPF, foi firmada a tese de que “É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.”, e, no mencionado RE, com repercussão geral reconhecida, estabeleceu-se a tese de que “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.” O Ministro Roberto Barroso, Relator da ADPF n. 324, destacou que a terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Considerando-se lícita a terceirização, nos termos decididos pela Corte Suprema, impõe-se rejeitar a pretensão do trabalhador de declaração de vinculação empregatícia com a empresa tomadora de serviços.

RELATÓRIO

A reclamante interpõe recurso ordinário, sustentando que deve ser enquadrada como bancária, fazendo jus aos benefícios legais e convencionais de tal categoria, por ser ilícita a terceirização operada entre os réus.

Contrarrazões apresentadas (ids a49d581 e 84c3b7a).

Procurações e substabelecimentos apresentados (ids 7d7e570, 5288fee e 7fdb3b0).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Juízo de admissibilidade

Presentes e regulares todos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

MÉRITO

Sustenta a reclamante que deve ser enquadrada como bancária, fazendo jus aos benefícios legais e convencionais de tal categoria, por ser ilícita a terceirização operada entre os réus, BANCO BRADESCO S.A., BANCO BRADESCO CARTÕES S.A., TEMPO SERVIÇOS

LTDA. e ALGAR TECNOLOGIA E CONSULTORIA S.A. Diz que desenvolvia atividades ligadas à atividade-fim bancária, pelo que deve ser reconhecido o vínculo empregatício com o banco réu. Aduz que não se aplicam ao contrato da reclamante os julgamentos da ADPF 324 e do RE 958.252, uma vez que não houve ainda a publicação dos acórdãos das referidas ações. Aponta ainda a igualdade de funções em relação aos empregados do tomador, conforme prova emprestada, requerendo aplicação do princípio da isonomia, invocando os artigos 1º, III e IV; 3º, I, III e IV, 5º e 7º, *caput* e XXX, da CF/88.

A reclamante foi contratada pela quarta ré (Algar) em 18.02.2011 e dispensada em 03.11.2015, tendo sido consignado em audiência:

s) O(a) reclamante executava as atividades descritas na(s) página(s) 13 da contestação da reclamada ALGAR TECNOLOGIA E CONSULTORIA S.A., f. 660 do PDF, nos anos de 2014 e 2015.

A reclamante alega que no período anterior executou as seguintes atividades: atuava na operação GRCC, efetuando a venda de cartão adicional, seguro, atualização cadastral, bloqueio e desbloqueio de cartão, envio de senha e liberação de cartões para viagem, alteração de limite/liberação de crédito para cartão de crédito pré-aprovado em sistema e segunda via de fatura.

A reclamada Algar Tecnologia não se opõe às tarefas acima especificadas.

A defesa da quarta reclamada (Algar) traz:

A Parte Autora tinha como atribuições: atendimento receptivo que trata dos processos de inscrição, exclusão e resgate de pontuação, entrega e escolha do programa de recompensas Bônus Clube para clientes do cartão da bandeira AMEX.

A terceirização de serviços foi tratada nos recentes julgamentos pelo STF da ADPF n. 324 e do RE n. 958.252, em 30.08.2018.

Na citada ADPF, foi firmada a seguinte tese:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

Por sua vez, no mencionado RE, com repercussão geral reconhecida, foi firmada a tese de que:

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.

No julgamento do RE, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi considerada inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual. O Ministro Luiz Fux, Relator, consignou que a dicotomia entre a atividade-fim e atividade-meio é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, e que a terceirização resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores, como a redução do desemprego, crescimento econômico e aumento de salários, a favorecer a concretização de mandamentos constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, sem prejuízo da busca do pleno emprego (Informativo 913 do STF).

No mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso, Relator da ADPF n. 324, destacou que a terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que

asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade, e que, por si só, a terceirização não enseja precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários, sendo lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, de forma que não se configura relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada (Informativo 913 do STF).

Advertiu ainda aquele Relator que:

Por si só, a terceirização não enseja precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Terceirizar não significa necessariamente reduzir custos. É o exercício abusivo de sua contratação que pode produzir tais violações. Para evitar o exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante observar certas formalidades. (Informativo 913 do STF).

Diante do posicionamento externado pelo STF no julgamento das referidas ações, adoto, por disciplina judiciária, as teses ali firmadas para julgamento da presente ação, destacando que o TST tem aplicado o entendimento firmado pelo STF nas ações envolvendo terceirização dos serviços:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. 1. TERCEIRIZAÇÃO. TELEMARKETING. LICITUDE. ADPF N. 324 E RE N. 958.252. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 331 DO TST À LUZ DOS PRECEDENTES DO STF. NÃO PROVIMENTO. I. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em relação ao tema da terceirização, cujo deslinde se deu em 30.08.2018, com o julgamento do RE n. 958.252 e da ADPF n. 324, de que resultou a fixação da seguinte tese jurídica de caráter vinculante: “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 partir de então, esse entendimento passou a ser de aplicação obrigatória aos processos judiciais em curso em que se discute a terceirização, impondo-se, inclusive, a leitura e a aplicação da Súmula n. 331 do TST à luz desses precedentes. II. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela licitude da terceirização em relação às atividades desenvolvidas pela parte Autora. Assentou que, na forma do art. 94, II, da Lei n. 9.472/97, mesmo as atividades-fim das empresas de telecomunicações podem ser objeto de terceirização. III. Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência atual, notória e de caráter vinculante do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, razão pela qual não se viabiliza o processamento do recurso de revista que se visa a destrancar. IV. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR-153-15.2011.5.06.0015, Relator Ministro: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 07.11.2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09.11.2018.)

[...] LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 324 E RE 958.252. REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, no último dia 30.08.2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324 e o Recurso Extraordinário n. 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. 2. A tese de repercussão geral aprovada no recurso extraordinário foi a de que “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.” 3. Como se observa, nos moldes do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, razão pela qual a liberdade de contratar é

conciliável com a terceirização, mormente diante da ausência de legislação que impeça as empresas de contratarem mão de obra, bem como da inexistência de dispositivo legal que defina o que é atividade fim e/ou atividade meio. 4. Logo, e em face dos princípios constitucionais da livre iniciativa (CF, art. 170) e da livre concorrência (CF, art. 170, IV), tem-se por lícita qualquer forma de terceirização, sobretudo porque a terceirização aquece o mercado de trabalho e gera maior produtividade. 5. Entretanto, não obstante a licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, por certo que, na hipótese de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, a empresa tomadora dos serviços será responsabilizada de forma subsidiária pelo pagamento da remuneração e das demais verbas trabalhistas devidas, sendo certo, ainda, que a conclusão do Supremo Tribunal Federal de licitude da terceirização não impede que eventuais abusos decorrentes da referida terceirização sejam apreciados e decididos pelo Poder Judiciário, de modo a garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, pois o remate da licitude da terceirização não pode resultar na precarização das relações de trabalho, tampouco na desproteção do trabalhador. Recursos de revista conhecidos e providos. (ARR-250300-16.2013.5.13.0009, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 14.11.2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.11.2018.)

Diante da licitude da terceirização dos serviços prestados pela reclamante, tendo em conta a compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo a livre iniciativa (CF, art. 170) e a livre concorrência (CF, art. 170, IV), conforme firmado pela Corte Suprema, o princípio da isonomia não socorre a reclamante, pois não há nenhum impedimento à terceirização operada. Incólumes os artigos invocados pela recorrente.

O c. TST já se manifestou em tal sentido:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014 E DO NCP - RITO SUMARÍSSIMO - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

O Recurso de Revista não atende aos requisitos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADOS DA TOMADORA E DA PRESTADORA DE SERVIÇOS - IMPOSSIBILIDADE. Vislumbrada a violação ao art. 5º, II, da Constituição da República, dá-se parcial provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. II - RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014 E DO NCPC - RITO SUMARÍSSIMO - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADOS DA TOMADORA E DA PRESTADORA DE SERVIÇOS - IMPOSSIBILIDADE. Reconhecida pelo Plenário do E. STF, em julgamento com repercussão geral, a licitude ampla da terceirização, revela-se inaplicável a isonomia prevista na Orientação Jurisprudencial n. 383 da SBDI-1. Ainda que assim não fosse, na hipótese, não ficou demonstrado o exercício de funções idênticas, na forma exigida pela parte final do referido verbete. Recurso de Revista conhecido e provido. (ARR-11295-60.2016.5.03.0003, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 14.11.2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.11.2018.)

I. AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ISONOMIA SALARIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 383 DO TST. IMPOSSIBILIDADE. Visando prevenir a má-aplicação da OJ 383 da SBDI-1/TST, impõe-se o provimento do agravo. Agravo provido. II. RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ISONOMIA SALARIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 383 DO TST. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Tribunal Regional, reconhecendo que a Reclamante prestou serviços relacionados à atividade-fim da tomadora, declarou a ilicitude da terceirização havida entre as partes. Muito embora tenha fundamentado não ser possível o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o Ente integrante da Administração Pública Indireta, reconheceu o direito obreiro às verbas trabalhistas - legais e normativas - asseguradas aos empregados da tomadora de serviços, nos termos da OJ 383 da SBDI-1/TST. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30.08.2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE)

958.252, com repercussão geral, firmou entendimento no sentido de ser lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se estabelecendo relação de emprego entre a tomadora de serviços e o empregado da empresa prestadora. 3. Dispõe a Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 que: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções.” 4. O fato autorizador da isonomia de direitos entre os empregados terceirizados e os regularmente contratados pelo tomador de serviços integrante da Administração Pública é a ilicitude da terceirização. Nessa esteira de raciocínio, reconhecendo o STF a licitude da terceirização tanto na atividade-meio quanto na atividade fim das empresas tomadoras, inviável a aplicação da OJ 383 da SBDI-1/TST, que traz como premissa básica a irregularidade da contratação do trabalhador terceirizado. 5. Recurso de revista conhecido por má-aplicação da OJ 383 da SBDI-1/TST. Recurso de revista conhecido e provido. (Ag-RR-212-60.2015.5.03.0107, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 07.11.2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.11.2018, grifos acrescidos)

As ações do STF (ADPF n. 324 e do RE n. 958.252) são anteriores à Lei n. 13.429/2017, não mencionada pelos respectivos Relatores, sendo certo que os referidos julgamentos devem ser observados pelos demais membros do Judiciário (arts. 1.040 do CPC e 10, § 3º, da Lei n. 9.882/1999), ressalvada a coisa julgada.

Outrossim, tendo sido publicada a tese firmada, conforme constante das atas de julgamento já publicadas, e, sendo públicos os julgamentos do STF, disponíveis em publicações oficiais, como nos informativos de jurisprudência daquela Corte, não se há falar em necessária publicação dos acórdãos, podendo-se extrair dos termos das manifestações dos Relatores e sobretudo das teses firmadas, baseadas em dispositivos constitucionais, que inexistem

restrições à consideração sobre a licitude da terceirização “de toda e qualquer atividade, meio ou fim”, sem qualquer restrição de períodos ou efeitos.

Nego provimento.

Fica prejudicado o exame das demais arguições recursais.

Conclusão do recurso

Conheço do recurso, no mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da Egrégia Décima Primeira Turma, hoje realizada, julgou o referido processo e, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Tomaram parte neste julgamento os Exmos. Desembargadores Juliana Vignoli Cordeiro (Relatora), Marco Antônio Paulinelli de Carvalho e Juiz Convocado Ricardo Marcelo Silva.

Presidiu o julgamento o Ex.^{mo} Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco.

Presente o Ministério Público do Trabalho, representado pelo Dr. Genderson Silveira Lisboa.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018.

Secretária: Adriana Lunes Brito Vieira.

JULIANA VIGNOLI CORDEIRO
Desembargadora Relatora

TRT-0010575-54.2017.5.03.0037 (RO)

Publ. no "DE" de 05.03.2018

RECORRENTE: RAFFAHEL GOMES DA SILVA BADICO, ALMAVIVA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., ITAÚ UNIBANCO S.A.
RECORRIDO: RAFFAHEL GOMES DA SILVA BADICO, ALMAVIVA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., ITAÚ UNIBANCO S.A.

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRCIO DA SILVA PEÇANHA

EMENTA: CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO VIGENTES QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.429/2017 - INEXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE AS PARTES - INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI N. 13.429/2017 - APLICAÇÃO DO ART. 19-C DA LEI N. 6.019/1974. Por força do art. 19-C da Lei n. 6.019/1974, acrescido pela Lei n. 13.429/2017, somente mediante acordo entre as partes poderão ser adequados os contratos vigentes às disposições contidas na Lei n. 6.019/1974, imprimidas pela Lei n. 13.429/2017. Inexistente comprovação nos autos de acordo entre as partes, não se aplicam as alterações da Lei n. 13.429/2017 ao contrato de trabalho da Reclamante que vigorou no período de 21.11.2014 a 18.05.2017.

RELATÓRIO

A MM. Juíza Keyla de Oliveira Toledo e Veiga, em exercício jurisdicional na 3ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, por meio da r. sentença de f. 517/528, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial (f. 03/17).

Recurso ordinário interposto pelo 2º Reclamado (Itaú Unibanco S.A) às f. 542/553.

Recurso Ordinário interposto pela 1ª Reclamada (Almaviva) às f. 557/577.

Comproventes de recolhimento de custas processuais e de depósito recursal às f. 554/556 e 578/581.

Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante às f. 587/591.

Contrarrrazões pelo Reclamante às f. 592/598, pelo 2º Reclamado (Itaú Unibanco S.A) às f. 601/605 e pela 1ª Reclamada (Almaviva) às f. 606/609.

Instrumentos de mandato do Reclamante à f. 18, da 1ª Reclamada (Almaviva) às f. 504/505 e do 2º Reclamado (Itaú Unibanco) às f. 160/162.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, porquanto não se vislumbra interesse público capaz de justificar a intervenção do Órgão no presente feito (inciso II do artigo 82 do RI).

É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhecimento dos Recursos Ordinários interpostos pelas partes.

Preliminar de suspensão do feito - Arguição pelos reclamados

Os Reclamados (Almaviva do Brasil e Itaú Unibanco) pugnam, preliminarmente, pelo sobrestamento do feito, tendo em vista a repercussão geral dos temas contidos nos AREs 791.932 e 713.211 do STF.

Examino.

No tocante à repercussão geral reconhecida no ARE 791.932, esclareço que, em despacho publicado no DJ de 26.09.2014, o Ministro Relator Teori Zavascki, apreciando o “[...] pedido de sobrestamento dos processos em curso nas instâncias ordinárias, excepcionados os casos ainda em instrução, nos quais se discuta a

validade da terceirização da atividade de call Center pelas conceiossárias (sic) de telecomunicações, haja vista o disposto no art. 94, II, da Lei 9.472/97, até o julgamento final do presente recurso extraordinário” (grifei), deferiu o pedido formulado e, com fundamento no art. 328 do RISTF, determinou

[...] o sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas.

Ocorre que o caso presente não é idêntico ao do processo ARE 791.932, uma vez que o tomador de serviços não se trata de empresa concessionária de telecomunicações. A instituição tomadora (2º Reclamado) trata-se de um estabelecimento bancário (Itaú Unibanco S/A), razão pela qual a situação destes autos é diversa daquela tratada nos autos do proc. ARE 791.932, que é limitada às empresas concessionárias de telecomunicações, não estando, pois, a presente questão regida pelo sobrestamento dos feitos determinados no ARE 791.932, que, repita-se, limitou-se aos casos idênticos, quais sejam processos movidos contra empresas concessionárias de telecomunicações, em que se discutia a aplicação do disposto no inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/1997.

Assim, considerando que a situação dos presentes autos não é idêntica à do ARE 791.932, não há como determinar o sobrestamento do feito que ainda se encontra no âmbito de julgamento deste Tribunal Regional.

Em relação à repercussão geral do tema do ARE 713.211, em que é Relator o Min. Luiz Fux, no STF, esclareço que, embora o STF tenha reconhecido a repercussão geral no tocante ao tema ali discutido, no processo em que são partes Celulose Nipo Brasileira e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhões e Região - SITIEXTRA -, tal fato, por si só, não garante o sobrestamento dos feitos que não se encontrem em fase de recurso extraordinário. É que o § 1º do artigo 543-B do CPC/1973 (vigente à época do reconhecimento da referida repercussão geral) tinha sua

aplicação restrita aos processos nos quais tivesse sido interposto Recurso Extraordinário.

Saliento, ainda, que o STF não determinou, até o presente momento, a suspensão, nas instâncias de 1º e 2º Graus, de processos que tratem de questões idênticas ao ARE 713.211. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura, em princípio, questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade de eventual Recurso Extraordinário dirigido ao Pretório Excelso e desde que esteja configurada a mesma hipótese. Assim, o fato, por si só, do reconhecimento da repercussão geral de tema contido no ARE 713.211 não afeta o presente julgamento nesta instância.

Rejeitam-se as preliminares aduzidas.

MÉRITO

Matérias comuns aos recursos ordinários interpostos pelos dois reclamados

Ilicitude da terceirização - Vínculo de emprego com o 2º reclamado (Itaú Unibanco)

Não se conformam os Reclamados com a declaração da ilicitude da terceirização.

Como a terceirização dos serviços constitui fato incontroverso nos autos, resta-nos perquirir a respeito de sua licitude, tomando como balizador o entendimento consubstanciado nos itens I e III da Súmula 331 do TST, no sentido de ser ilegal a intermediação de mão de obra, formando-se vínculo de emprego diretamente com o tomador, à exceção das hipóteses legais e serviços especializados ligados à atividade-meio.

Seguindo essa perspectiva, verifico que o conjunto probatório favorece a tese autoral de ilicitude da terceirização.

O Reclamante, em seu depoimento (f. 509), afirmou:

[...] que prestou serviços nas dependências da 1ª reclamada; que diariamente não havia pessoa do 2º réu nas dependências da 1ª ré, mas apenas uma vez ou outra, sendo que com ela não tinha contato; que recebia ordens de serviço de seu supervisor, da 1ª ré; o depoente prestou serviços com exclusividade para o 2º reclamado; que a 1ª ré presta serviços a outros clientes; que o depoente não poderia prestar serviços a outro cliente, mesmo se fizesse treinamento; que o depoente não tinha alçada, podendo fazer as negociações de acordo com limite prefixado no sistema; que o depoente não tinha acesso a extrato de contas bancárias de clientes do 2º réu, mas apenas a extrato do cartão de crédito; que, nos primeiros 06/12 meses trabalhados, recebeu alimentação *in natura* e depois disso recebeu tíquete-refeição, acreditando ser no importe aproximado de R\$ 5,00 por dia; que recebeu PLR uma única vez, no valor de 01 salário seu, referente aos anos de 2015 e 2016; que seu controle de ponto era feito através de *login* e *logout* da 1ª ré.

A preposta da 1ª Reclamada (Almaviva) afirmou (f. 510):

[...] que, no período reclamado, o reclamante prestou serviços somente para o 2º réu, mas a 1ª ré não presta serviços exclusivos para o segundo; que, se o reclamante fizesse treinamento específico, poderia atender outro cliente, mas não o fez; que o reclamante apresentava-se ao cliente como representante da central de cartões de crédito do 2º réu; que o reclamante trabalhou em regime de escala e pode ter acontecido de haver coincidência com feriados; que as funções do reclamante consistiam em negociações de contratos vencidos, negociações com descontos, cobranças em geral, tudo relacionado ao cartão de crédito; que o reclamante emitia solicitação de cartão adicional, bem como de bloqueio e desbloqueio de cartões. (Destaquei)

Portanto, como se depreende do depoimento pessoal da 1ª Reclamada (Almaviva), acima transcrito, o Reclamante prestou serviços em benefício do Banco Reclamado durante toda a vigência de seu contrato de trabalho, ativando-se em negociações e cobranças relativas a contratos de cartão de crédito.

Não se pode ignorar que a oferta de crédito, cobrança e renegociação de dívidas são das modalidades mais rentáveis de serviços prestados pelas instituições financeiras, levando-se em conta a elevada taxa de juros praticada.

Certo é que tal atividade está relacionada à coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e à custódia de valor de propriedade de terceiros (art. 17 da Lei n. 4.595/1964), compondo a atividade-fim da instituição financeira (2º Reclamado).

Ademais, não se pode perder de vista que a recuperação de créditos, atividade em que se ativava o Reclamante visa a garantir a manutenção dos lucros auferidos diretamente pelo Banco Reclamado, demonstrando, assim, a vinculação do Reclamante à estrutura produtiva do tomador de serviços.

Registre-se, por oportuno, que as atividades-meio são apenas aquelas claramente periféricas, não se relacionando com o núcleo que retrata a finalidade da empresa, o que não se vislumbra *in casu*, visto que dos autos se infere que as atividades exercidas pelo Reclamante se inseriam objetivamente na essência da atividade empresarial e dos fins perseguidos pelo Banco (subordinação estrutural), sendo insignificante, para os moldes atuais da relação de emprego, que o trabalhador recebesse ou não ordens diretas do 2º Reclamado (Itaú Unibanco), ou mesmo que trabalhasse ou não nas dependências dessa instituição.

Esclareço que a Resolução n. 3.110/2003 do Banco Central, bem como a Resolução n. 3.156/2003 do Conselho Monetário Nacional, em que pese autorizem a contratação de empresas para a realização de serviços enumerados como periféricos, não são capazes de transmudar o caráter ilícito da terceirização trabalhista configurada no caso dos autos. Da mesma forma, a resolução Bacen 3.954/2011, que revogou as resoluções n. 3.110/2003 e 3.156/2003.

Isso porquanto é impertinente que normas do Banco Central ou do Conselho Monetário Nacional (por exemplo, portarias e resoluções) disciplinem sobre o assunto, visto que refoge à competência dessas entidades imiscuírem-se na atividade inerente

ao legislador ordinário ou revogar o entendimento já consolidado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho relativo à terceirização ilícita (Súmula 331 do referido Tribunal Superior).

Ainda que assim não fosse, esclareço que, no tocante às referidas resoluções, não há, nos autos, comprovação de comunicação ao Banco Central da contratação da 1ª Reclamada (Almaviva) para a prestação de serviços, requisito constante no § 2º do art. 1º da Resolução n. 3.110/2003 e art. 14, § 3º, III, da Resolução n. 3.954/2011, este último, que condicionou a contratação de novos correspondentes à prévia autorização do Banco Central do Brasil.

Constata-se, portanto, que o Reclamante exercia, de fato, atividades indispensáveis para operar e atender às finalidades do 2º Reclamado (Itaú Unibanco), tudo conforme depoimento da preposta da Almaviva. Ademais, do referido depoimento, também se extrai que a prestação de serviços ocorria exclusivamente em prol do 2º Reclamado (Itaú Unibanco).

Vale ressaltar, outrossim, que a terceirização de atividade-fim do 2º Reclamado (Itaú Unibanco) a outras empresas não pode servir como forma de reduzir direitos trabalhistas de determinada categoria profissional.

A respeito da matéria, o Colendo TST, verificando a divergência de entendimento entre as Turmas deste Regional, nos autos do processo TST-RR-2555-29.2014.5.03.0183, determinou a instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência sobre o tema: “TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CONTRATAÇÃO DE OPERADOR DE *TELEMARKETING* MEDIANTE EMPRESA INTERPOSTA. LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS”; que, nos termos do despacho exarado pelo Ex.^{mo} Des. 1º Vice-Presidente deste Regional, consoante e-PAD 26.240/2015, determinou a suspensão do andamento dos processos que tratam daquela matéria, até o julgamento do mencionado Incidente, em tramitação neste TRT.

Este Tribunal, atendendo à determinação do TST, instaurou o referido incidente, julgando-o por ocasião da Sessão Plenária realizada na data de 15.12.2015, quando então efetuou a

Uniformização de sua Jurisprudência acerca do Tema, aprovando a edição da Súmula Regional de n. 49, com o seguinte teor:

SÚMULA N. 49 (REPUBLICADA). TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO DE *TELEMARKETING*. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ILICITUDE. RESPONSABILIDADE.

I - O serviço de *telemarketing* prestado por empresa interposta configura terceirização ilícita, pois se insere na atividade-fim de instituição bancária (art. 17 da Lei n. 4.595/64).

II - Reconhecida a nulidade do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços (arts. 9º da CLT e 942 do CC), forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador, pessoa jurídica de direito privado, que responde pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos seus empregados, com responsabilidade solidária da empresa prestadora.

III - A terceirização dos serviços de *telemarketing* não gera vínculo empregatício com instituição bancária pertencente à Administração Pública Indireta, por força do disposto no art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, remanescendo, contudo, sua responsabilidade subsidiária pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos empregados da tomadora, integrantes da categoria dos bancários, em respeito ao princípio da isonomia. (RA 283/2015, disponibilização: DEJT: 22, 23, 28 e 29.12.2015, 7, 8 e 11.01.2016; republicação em razão de erro material: disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 27, 28 e 29.01.2016.)

Assim, aplico ao caso o entendimento contido no julgamento do Incidente de Uniformização acima transcrito, representado pela Súmula n. 49 deste TRT.

Conclui-se, destarte, que a contratação do Reclamante por empresa interposta foi irregular, configurando-se nitidamente a fraude trabalhista prevista no art. 9º da CLT, fato que conduz ao reconhecimento do vínculo diretamente com o Banco tomador, nos termos preconizados no item I da Súmula 331 do C. TST.

A responsabilidade dos Reclamados é solidária, ante a prática de ato ilícito, nos termos da Súmula 49 deste Egrégio Regional e do art. 942 do Código Civil.

Esclareço, por fim, que a Lei n. 13.429/2017 tem vigência a partir de sua publicação (art. 3º), qual seja, em 31.03.2017, pelo que não possui efeitos retroativos, sendo inaplicável, portanto, a casos pretéritos, notadamente ao caso dos autos, em que a relação de emprego em análise teve início em 21.11.2014 e término em 18.05.2017 (vide TRCT de f. 351/352).

Para que não parem quaisquer dúvidas, cumpre elucidar que, embora o contrato em questão tenha vigorado por cerca de 2 (dois) meses do período em que já estava em vigência a Lei 13.429/2017, para que fosse submetido à aplicação da referida Lei, seria necessário que houvesse acordo entre as partes, conforme expressa disposição contida no art. 19-C da Lei n. 13.429/2017, que dispõe: “19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.”

In casu, os Reclamados não comprovaram nos autos a existência do referido acordo. Assim, inexistente o referido acordo, inaplicável o disposto na Lei n. 13.429/2017 ao contrato de trabalho do Reclamante que se iniciou antes de sua vigência.

Desse modo, por todos os ângulos que se analise a questão, inaplicável ao presente caso o disposto na Lei n. 13.429/2017.

Afasto, pois, as supostas violações aos artigos 5º, inciso II, e 170 da CR/88.

Nego provimento.

Benefícios convencionais - Aplicabilidade das CCTs dos bancários

Insurge-se o 2º Reclamado (Itaú Unibanco S.A.) contra o deferimento da aplicação das normas coletivas firmadas entre os sindicatos profissional e empresarial da categoria dos bancários. Alega, em síntese, que o Reclamante não faz jus às diferenças salariais e aos benefícios convencionais (auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação, décima terceira cesta-alimentação, PLR e multas normativas). Aponta violação ao inciso XXVI do art. 7º da Constituição.

Em seu apelo, a 1ª Reclamada (Almaviva) também ataca os fundamentos da Sentença em diversos temas, aduzindo, em síntese, que se aplicam à Reclamada os instrumentos coletivos de trabalho firmado pelo Sindicato das Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de Minas Gerais (SINTTEL-MG), não se lhe aplicando os direitos previstos nas CCTs dos bancários.

Examino.

Reconhecido o vínculo empregatício do Reclamante diretamente com o 2º Reclamado/Itaú Unibanco S.A. (matéria exaustivamente examinada no tópico precedente), deve ser mantido seu enquadramento profissional como bancário, por se tratar de mero consectário lógico, aplicando-se os direitos dessa categoria profissional, pois as cláusulas estabelecidas nas CCTs dos bancários, por óbvio, foram descumpridas em face da fraude perpetrada pelos Reclamados.

Sendo assim, são, de fato, devidas as verbas oriundas dos instrumentos coletivos bancários que foram deferidas na origem, quais sejam, as diferenças salariais, indenização pelo não recebimento do auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação, 13ª cesta-alimentação e PLR.

No que diz respeito ao auxílio-alimentação, foi demonstrado nos autos que o Reclamante recebia lanche diretamente da 1ª Reclamada (Almaviva) até 21.11.2015 (f. 535), e não dos “restaurantes do banco”, tal como previsto no § 4º da cláusula 14ª da CCT 2015/2016 (f. 56). Dessa forma, não está comprovado que o Reclamante usufruía desse benefício em sua plenitude haja vista que só a utilização nos estritos moldes descritos na Cláusula 14ª assegura o gozo total dessa parcela, o que não foi comprovado nos autos.

No que toca às diferenças salariais, importa salientar que a verba em comento é mero consectário lógico do enquadramento profissional do Reclamante como bancário.

Não há, portanto, qualquer violação à Súmula 374 do TST, tampouco ao inciso XXVI do art. 7º da CF/88.

O juízo de origem já autorizou a dedução dos valores pagos a idêntico título daquelas verbas deferidas. Além disso, restou consignado na sentença que o pagamento de tais parcelas deve observar os exatos termos dos instrumentos coletivos dos bancários.

Ante o exposto, nego provimento aos Recursos da 1ª Reclamada (Almaviva) e do 2º Reclamado (Itaú Unibanco S.A.).

Retificação na CTPS

Insurgem-se os Reclamados contra a determinação de retificação da CTPS do empregado.

Examino.

A retificação da CTPS do Reclamante é consequência lógica e jurídica do reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o 2º Reclamado (Itaú Unibanco S.A.), para que referido documento reflita a realidade laboral do trabalhador, nos exatos termos do disposto na legislação vigente (art. 29 da CLT), razão por que não há que se falar em reforma da Sentença, neste ponto.

Nego provimento.

Horas extras

O MM. Juiz de primeiro grau condenou os Reclamados ao pagamento de horas extras pelo que excederem a 6ª diária ou a 30ª hora semanal, com reflexos, observados o divisor 180, o acréscimo convencional ou de 50% e a Súmula 264 do TST (f. 536).

Inconformados, os Reclamados alegam que, não se enquadrando como bancário, não faz jus o Reclamante às horas extras deferidas.

Reconhecida a condição de bancário do Reclamante, são-lhe devidas as horas extras excedentes da 30ª semanal, nos termos do art. 224 da CLT. É incontroverso que o empregado estava sujeito à jornada de 36 horas semanais, pelo que se conclui que são devidas horas extras.

Destaco que a questão atinente à fraude perpetrada pelos reclamados e ao enquadramento do Reclamante na categoria dos bancários já foi suficientemente apreciada e decidida, o que afasta a aplicação das normas legais e jurisprudenciais suscitadas pela 1ª Reclamada (Almaviva), não havendo que se falar, portanto, em aplicação do disposto na NR 17 do MTE.

Seguindo essa perspectiva e restando incontroverso que o Reclamante trabalhava 36 horas semanais (vide contestação da 1ª Reclamada de f. 280), devidas são as horas extras deferidas na origem, como já registrado anteriormente, sendo certo que, diante de sua habitualidade, também são devidos os reflexos deferidos.

Quanto à insurgência relativa aos reflexos das horas extras em RSR, esclareço que a r. sentença limitou a incidência dos reflexos sobre aviso prévio, férias acrescidas do terço constitucional, 13º salário e FGTS + 40% (f. 527), inexistindo insurgência do Reclamante nesse particular. Logo, os Reclamados carecem do devido interesse recursal no que se refere à aplicação da OJ 394 da SDI-I do C. TST.

Por fim, esclareço que a r. sentença de 1º grau não deferiu o pagamento dos sábados trabalhados em dobro.

Nego provimento.

Matéria remanescente do recurso do 2º reclamado (Itaú Unibanco)

Justiça gratuita

O juízo de origem deferiu ao Reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Não se conforma o 2º Reclamado (Itaú) com o deferimento do benefício em questão, alegando, em síntese, que o Recorrido não comprovou o preenchimento dos requisitos ensejadores do deferimento do benefício.

Examino.

Os benefícios da Justiça Gratuita são assegurados à parte que afirma não ter condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, a teor do disposto no § 3º do art. 790 da CLT.

Referido benefício, consoante o § 3º do art. 790 da CLT, vigente à época da propositura da ação e da prolação da sentença, pode ser concedido de ofício ou a requerimento da parte àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Possui presunção de veracidade a declaração de pobreza de f. 18, não desconstituída por prova em contrário, o que é suficiente para a concessão do benefício da gratuidade judiciária ao Reclamante.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Recurso ordinário interposto pelo reclamante

Ticket-refeição

O Reclamante manifesta seu inconformismo em face da r. sentença de 1º grau que, embora tenha deferido o pagamento de indenização substitutiva do benefício auxílio-refeição, autorizou a dedução dos valores gastos pelos Reclamados com o lanche fornecido *in natura*. Argumenta, em apertada síntese, que:

[...] o fato de a primeira reclamada ter fornecido refeição *in natura* não exclui o direito do autor ao pagamento do auxílio-refeição, porque o lanche fornecido pela 1ª reclamada não se equipara à obrigação assumida pelos bancos recorrentes na negociação coletiva. (f. 590)

Examino.

Acerca da questão controvertida, a r. sentença recorrida veio assim fundamentada (f. 534/535):

Devido auxílio-refeição previsto no *caput* da cláusula 14ª da CCT 2014/2015; 2015/2016 e 2016/2018, autorizando-se a dedução de valores quitados a idêntico título, a partir de 21.11.2015, uma vez que confessa o autor ter recebido *in natura* nos primeiros 6/12 meses contratuais, conforme depoimento expresso à f. 509.

Como se vê, ao contrário do que interpreta o Reclamante, o d. Juízo de 1º grau autorizou a compensação de valores comprovadamente pagos a título de auxílio-refeição a partir de 21.11.2015, pois, antes desse período, não há prova do fornecimento do benefício, já que o Reclamante recebia lanche *in natura*.

O § 4º da Cláusula 14ª da CCT 2015/2016 (f. 56) dispõe expressamente que “Os empregados que, comprovadamente, se utilizarem de forma gratuita ou subsidiada dos restaurantes do banco não farão jus à concessão do auxílio-refeição.”

Conforme já exposto anteriormente, foi demonstrado nos autos que o Reclamante recebia lanche diretamente da 1ª Reclamada (Almaviva), e não dos restaurantes do banco. Dessa forma, não está comprovado que o Reclamante usufruía desse benefício em sua plenitude, haja vista que só a utilização nos estritos moldes descritos na Cláusula 14ª assegura o gozo total dessa parcela, o que não foi comprovado.

Ressalte-se que a prestação *in natura* dos lanches sem que o Reclamante tenha tido qualquer opção de escolha assegurada pela CCT também é motivo para se deferir o benefício previsto, tal qual determinado na sentença.

Contudo, ao afirmar em audiência que, “[...] nos primeiros 06/12 meses trabalhados, recebeu alimentação *in natura* e depois disso recebeu tíquete-refeição, acreditando ser no importe aproximado de R\$ 5,00 por dia”, o Reclamante confessa que parte do benefício lhe foi pago ao longo do contrato de trabalho, pelo que a dedução desse valor é medida que se impõe com o fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

Desse modo, nego provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante, mantendo-se intacta a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nada a prover.

CONCLUSÃO

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Oitava Turma, hoje realizada, sob a Presidência do Ex.^{mo} Desembargador Sérgio da Silva Peçanha, presente a Ex.^{ma} Procuradora Maria Amélia Bracks Duarte, representante do Ministério Público do Trabalho e, computados os votos dos Ex.^{mos} Desembargadores Ana Maria Amorim Rebouças e José Marlon de Freitas, JULGOU o presente processo e, preliminarmente, à unanimidade, conheceu dos Recursos Ordinários interpostos pelas partes, rejeitou as preliminares de sobrestamento do feito suscitadas pelos Reclamados e, no mérito, sem divergência, negou-lhes provimento.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2018

SÉRCIO DA SILVA PEÇANHA
Relator Desembargador

TRT-0011422-77.2016.5.03.0009-RO

Publ. no "DE" de 15.06.2018

RECORRENTE: COLGATE-PALMOLIVE COMERCIAL LTDA.
RECORRIDO: GUILHERME FREITAS DA SILVA, SPAR BRASIL SERVIÇOS LTDA.

RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BOSCO PINTO LARA

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO - LICITUDE - PROMOTOR DE VENDAS/MERCHANDISING. Em princípio, o contrato

civil celebrado entre pessoas jurídicas para a prestação de serviços não é vedado no ordenamento jurídico pátrio, e a terceirização, por si só, não configura ilegalidade alguma. A atividade de promotor de vendas ou de *merchandising*, por sua vez, é perfeitamente passível de terceirização. Confirmada a licitude da terceirização entre a empresa prestadora de serviços e a empresa contratante, não se forma o vínculo diretamente com esta.

RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO (1009), provenientes da 9ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE, que julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial.

A primeira reclamada interpõe recurso ordinário (Id b6ea586), alegando preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e carência de ação. No mérito, insurge-se contra a declaração de ilicitude da terceirização e reconhecimento do vínculo de emprego com o reclamante, com o conseqüente pagamento de diferenças salariais e reflexos decorrentes do piso salarial dos empregados da primeira reclamada, vale-alimentação, PLR, indenização substitutiva pela não concessão do plano de assistência odontológico; expedição de ofícios e aplicação do IPCA-E.

Contrarrazões do reclamante (Id 5316607).

Dispensável a intervenção do MPT.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Conheço do recurso ordinário, eis que aviado a tempo e modo e regular a representação.

Mérito

1 - Carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam*

Argui a primeira reclamada, Colgate-Palmolive Comercial Ltda., a preliminar em epígrafe sustentando a inexistência de relação de emprego com o reclamante, o que a torna parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente reclamação trabalhista.

Razão não lhe assiste, todavia.

A recorrente é legitimada para figurar no polo passivo da demanda, posto se tratar de sujeito que titulariza o direito de resistência à pretensão formulada. Não se confunde relação jurídica material com relação jurídica processual. Nesta, a simples alegação pelo autor de que o vínculo de emprego deve ser reconhecido com a primeira reclamada em razão da terceirização ilícita basta para legitimá-la a responder à ação.

Por outro lado, se subsistirá ou não qualquer tipo de responsabilidade quanto a eventuais créditos que possam ser deferidos na ação, isso é matéria concernente ao mérito e deve ali ser apreciado.

Rejeito.

2 - Da licitude da terceirização

A primeira reclamada, Colgate-Palmolive Comercial Ltda., não concorda com a sentença que declarou a ilicitude da terceirização e reconheceu o vínculo de emprego diretamente com ela, tomadora dos serviços. Alega que as tarefas desempenhadas pelo autor consistem em atividade-meio da tomadora, o que torna lícita a terceirização nos moldes previstos no item III da Súmula 331 do TST.

Observa-se da documentação trazida aos autos que a primeira reclamada (Colgate-Palmolive Comercial Ltda.) atuou como tomadora dos serviços prestados pela segunda reclamada (New Momentun Ltda.), empregadora do reclamante.

O reclamante, por sua vez, exercia a função de promotor de *merchandising*, realizando o abastecimento de gôndolas e promovendo os produtos fabricados pela primeira reclamada em diversos pontos de vendas e supermercados.

Conforme entendimento do TST, através da Súmula 331, itens I e III, a terceirização é admitida no Direito do Trabalho nas hipóteses de trabalho temporário, atividades de vigilância, atividades de conservação e limpeza e, por fim, nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

Tendo em vista que só recentemente a terceirização de serviços foi contemplada na estrutura normativa tradicional do Direito do Trabalho, quando entrou em vigor a Lei n. 13.429/2017, esse novo modelo estaria a sofrer restrições da doutrina e da jurisprudência.

Ocorre que, no presente caso, a terceirização levada a efeito pelos réus está ligada a atividades apenas periféricas do tomador de serviços.

A atividade de promotor de vendas ou de *merchandising* é perfeitamente passível de terceirização. O objeto social da empresa contratante é essencialmente a industrialização de produtos de higiene e produtos de limpeza entre outros, e, conquanto ele se estenda também à sua comercialização, nada obsta que ela se valha de empregados terceirizados para a promoção de produtos dentro de supermercados ou pontos de venda.

Também não ficou comprovada de forma cabal a subordinação à primeira ré. Esclareça-se que é plenamente aceitável que a primeira reclamada desse as coordenadas básicas para a prestação de serviços, o que não configura a subordinação jurídica.

O conjunto probatório não revela vestígio de fraude, mas apenas a prática de legítima terceirização, dentro dos parâmetros do item III da Súmula n. 331 do C. TST, o que inviabiliza o reconhecimento do pretendido vínculo.

Por outro lado, não merece prosperar a tese de que o empregado se encontrava estruturalmente subordinado ao empreendimento do tomador dos serviços. Isso porque, a adotar-se

o difuso e etéreo conceito de subordinação estrutural, será possível o reconhecimento da ilicitude da terceirização de serviços em qualquer situação fática submetida a esta Justiça, simplesmente porque não há, no mundo real das relações econômicas, qualquer atividade humana que não se entrelace ou se encadeie com o objetivo final de qualquer empreendimento, seja ele produtivo ou não.

Por tais fundamentos, declaro a licitude da terceirização pactuada entre os réus, desconstituindo o reconhecimento da relação de emprego entre o autor e a primeira reclamada, e absolvo as reclamadas da condenação imposta na sentença. Prejudicado o exame das demais matérias recursais.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Nona Turma, hoje realizada, à unanimidade, conheceu do recurso interposto pela primeira reclamada; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento para declarar a licitude da terceirização pactuada entre as rés, absolvendo as reclamadas da condenação imposta na sentença; inverteu os ônus da sucumbência; as custas ficarão a encargo do reclamante, ISENTO, em razão dos benefícios da justiça gratuita deferidos na sentença.

Tomaram parte no Julgamento: Ex.^{mos} Desembargador João Bosco Pinto Lara (Presidente e Relator), Juiz Convocado Márcio José Zebende (substituindo a Ex.^{ma} Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos, em férias regimentais) e Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno.

Procuradora do Trabalho: Dr^a Maria Amélia Bracks Duarte.

Belo Horizonte, 11 de junho de 2018.

JOÃO BOSCO PINTO LARA
Desembargador Relator

TRT-0011517-48.2017.5.03.0179 (RO)

Publ. no “DE” de 13.2.2018

RECORRENTE: JOSIANE DO ROSÁRIO NOGUEIRA

RECORRIDAS: AÇÃO CONTACT CENTER LTDA.

AVISTA S.A. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO - FRAUDE TRABALHISTA - SITUAÇÃO FÁTICA DISTINTA DAQUELA TRATADA NO RE 958.252. O Excelso STF julgou, em 30.08.2018, o mérito da questão constitucional suscitada no RE n. 958.252 do respectivo Tema 725, aprovando 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.” Todavia, comprovado nos autos que a Reclamante se vinculava à tomadora de serviços com a presença de todos os pressupostos fático-jurídicos do vínculo de emprego previstos no art. 3º da CLT, inclusive a subordinação direta (e não meramente estrutural), imperioso o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora. Não se discute, portanto, tratar-se de atividade-meio ou fim do tomador, mas de se verificar no caso concreto que a suposta tomadora era, de fato, a real empregadora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto de decisão do d. Juízo da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em que figuram, como Recorrente, JOSIANE DO ROSÁRIO NOGUEIRA e, como Recorridas, AÇÃO CONTACT CENTER

LTDA. e AVISTA S.A. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO.

RELATÓRIO

O d. Juízo da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, por meio da r. decisão da lavra do MM. Juiz LUÍS HENRIQUE SANTIAGO SANTOS RANGEL (Id 106d068), cujo relatório adoto e a este incorporo, rejeitou as preliminares suscitadas e a prescrição arguida, julgou extinto o processo em relação ao pedido de letra “j” da inicial e julgou IMPROCEDENTE a pretensão deduzida em juízo por JOSIANE DO ROSÁRIO NOGUEIRA em face de AÇÃO CONTACT CENTER LTDA. e AVISTA S.A. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO.

A Reclamante interpôs recurso ordinário sob o Id 27eb64d insistindo na ilicitude da terceirização, afirmando a inaplicabilidade da Lei n. 13.429/2017 ao caso e requerendo a declaração de nulidade do contrato com a primeira Ré e o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a segunda Reclamada. Sucessivamente, pugna pelo reconhecimento do direito à isonomia com os empregados da tomadora de serviços. Requer, ainda, o provimento dos pedidos relativos às diferenças e reajustes salariais, PLR e adicional de PLR, auxílio-refeição e ajuda-alimentação, décima terceira cesta-alimentação, horas extras além da 6ª diária e 30ª semanal, pagamento dos sábados laborados em dobro, intervalo intrajornada, intervalo do artigo 384 da CLT e feriados em dobro.

Ofertadas contrarrazões pela segunda Reclamada, arguindo preliminar de não conhecimento do recurso obreiro (Id 8e5614c), e pela primeira Ré (Id f283c19).

Dispensado o parecer da d. Procuradoria Regional do Trabalho, conforme artigo 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

Em petição de Id bfebe47, a Reclamada AÇÃO CONTACT CENTER LTDA. requereu o sobrestamento do presente feito até a publicação dos acórdãos dos julgamentos proferidos pelo E. STF na ADPF 324 e no RE 958252.

É o relatório.

VOTO

Questão de ordem - Pedido de sobrestamento do feito formulado pela primeira reclamada

Em petição de Id bfebe47, a Reclamada AÇÃO CONTACT CENTER LTDA. requereu o sobrestamento do presente feito até a publicação dos acórdãos dos julgamentos proferidos pelo E. STF na ADPF 324 e no RE 958252.

Em relação às decisões proferidas pelo E. STF na ADPF 324 e no RE 958.252, verifica-se que, com a proclamação do resultado de tais julgamentos, com a publicização das teses jurídicas neles fixadas, e não havendo determinação expressa de sobrestamento de feitos que tratem da mesma matéria, inexistem óbices à tramitação processual.

Rejeito.

Juízo de admissibilidade

Preliminar de não conhecimento do recurso da reclamante, arguida em contrarrazões pela segunda Reclamada

Em contrarrazões, a segunda Reclamada argui preliminar de não conhecimento do recurso obreiro, por ausência de dialeticidade.

O exame das razões recursais revela que, contrariamente ao alegado, o apelo da Autora preenche os requisitos de admissibilidade. Foram apresentados os fundamentos do pleito de reforma da r. sentença, referentes à matéria objeto de insurgência, atendendo ao disposto nos artigos 899 da CLT e 1.010, II e III, do CPC, descabendo falar em ausência de dialeticidade. Tanto que possibilitou manifestação satisfatória a respeito pelas Rés em suas contrarrazões, inexistindo qualquer prejuízo.

Não se pode olvidar de que, nos termos do item III da Súmula 422 do TST, abaixo transcrito, o recurso somente não será conhecido

nesta instância recursal ordinária se a respectiva motivação estiver inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença, sendo certo que tal fato não ocorre no presente caso:

RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO.

I - Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida.

II - O entendimento referido no item anterior não se aplica em relação à motivação secundária e impertinente, consubstanciada em despacho de admissibilidade de recurso ou em decisão monocrática.

III - Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença.

Rejeito a preliminar erigida.

Conheço do recurso interposto pela Reclamante, porque presentes os pressupostos subjetivos - legitimidade, capacidade e interesse - e os objetivos - recurso próprio e cabível, tempestivo e com regularidade de representação.

Juízo de mérito

Ilicitude da terceirização - Aplicação da Lei n. 13.429/2017 - Vínculo direto com a tomadora - Aplicação das normas coletivas dos empregados da 2ª reclamada - Responsabilidade das rés

A Reclamante insurge-se contra a r. decisão de origem, insistindo na ilicitude da terceirização, afirmando a inaplicabilidade da Lei n. 13.429/2017 ao caso e requerendo a declaração de nulidade do contrato com a primeira Ré e o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a segunda Reclamada.

Sucessivamente, pugna pelo reconhecimento do direito à isonomia com os empregados da tomadora de serviços. Requer,

em decorrência, o provimento dos pedidos relativos às diferenças e reajustes salariais, PLR e adicional de PLR, auxílio-refeição e ajuda-alimentação, décima terceira cesta-alimentação, horas extras além da 6ª diária e 30ª semanal, pagamento dos sábados laborados em dobro e intervalo intrajornada.

De início, imperioso destacar que, ante o princípio da irretroatividade, as Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 não são aplicáveis à hipótese dos autos, considerando-se que passaram a vigorar em data posterior ao início da vigência do contrato de trabalho, que ocorreu em 29.10.2014.

O entendimento prevalecente nesta Turma é no sentido de que as normas de direito material que restringiram direitos trabalhistas não se aplicam aos contratos de trabalho que já estavam em curso quando do advento das referidas Leis.

Note-se que, por força do disposto no *caput* do art. 7º da CR, bem como do art. 468 da CLT, não é possível a alteração contratual em prejuízo do trabalhador. Ou seja, a lei nova restritiva de direitos aplica-se apenas aos novos contratos, assim entendidos aqueles firmados após a sua vigência, entendimento que deverá reger também a não incidência dos preceitos restritivos ditados pelas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 aos contratos em curso.

Isso porque as modificações introduzidas pelas referidas Leis não podem retroagir para regular os atos praticados antes da sua vigência. Inteligência do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), que assim normatiza: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” Segundo o § 1º do art. 6º desse mesmo diploma legal, “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.” Além disso, o inciso XXXVI do art. 5º da CR/88 também preserva o direito adquirido do trabalhador diante da vigência de nova lei.

Nos termos dos itens I e III da Súmula n. 331 do Col. TST, esta d. Turma vinha decidindo que a intermediação de mão de obra é vedada pelo Direito do Trabalho, excetuadas as hipóteses de

trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, quando inexistentes a personalidade e a subordinação direta.

Assim, quando constatada a terceirização em atividade-fim da tomadora dos serviços, desenvolvendo o empregado atividades que se inseriam no núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, em função essencial à finalidade de seu empreendimento, era declarada ilícita a terceirização e a formação do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, conforme procedido na r. sentença.

Portanto, a consequência jurídica da ilicitude da terceirização era a formação de vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços, real beneficiária da força de trabalho despendida pelo empregado terceirizado, nos termos do item I da Súmula 331 do colendo TST, com o conseqüente enquadramento do trabalhador na categoria profissional correspondente, sendo solidária a responsabilidade das Reclamadas pelos efeitos da condenação, em decorrência da fraude (art. 942 do CC).

Todavia, o Excelso STF julgou, em 30.08.2018, o mérito da questão constitucional suscitada no *Leading Case* RE n. 958.252 do respectivo Tema 725 de repercussão geral, no qual se discutia, “[...] à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV e 97 da Constituição Federal, a licitude da contratação de mão de obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista”, declarando a constitucionalidade da terceirização de serviços em qualquer atividade, seja ela meio ou fim, do tomador de serviços.

Ainda na mesma sessão, o Plenário do STF julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 32, ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio (Abag) visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação adotada “em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho”, relativas à terceirização:

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.

Portanto, prevaleceu o entendimento de que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sem distinção entre atividade-meio ou atividade-fim.

A tese de repercussão geral aprovada no RE foi a seguinte:

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.

Desse modo, não há mais como reconhecer vínculo direto com a tomadora, em razão apenas e tão somente da terceirização da atividade-fim, fundamento que não subsiste diante do julgamento do Excelso STF, preservada a coisa julgada.

Cumprido, ainda, examinar a realidade fática trazida aos autos acerca da relação jurídica estabelecida entre as partes, verificando se estão presentes os requisitos da subordinação e da pessoalidade em relação ao banco tomador de serviços, em ofensa aos arts. 2º, 3º e 9º da CLT.

E, do exame do conjunto probatório trazido aos autos, verifica-se que o presente caso ultrapassa a simples discussão acerca da atuação da Reclamante em atividade-fim ou atividade-meio do tomador de serviços, para fins de averiguação da licitude ou não da terceirização havida.

Na petição inicial, a Reclamante narrou:

A Autora foi contratada pela 1ª Ré, porém, pelo período de 29.10.2014 a 30.04.2016, prestou seus serviços exclusivamente para a 2ª Ré que, por sua vez, terceirizou parte das suas atividades de atendimento aos clientes para a 1ª Ré, dentre elas, efetuando cobrança de débitos e empréstimos, negociando parcelamentos, agendamento para pagamento de faturas de cartões de crédito, análise de crédito de diversos produtos, prestando informações, dentre outras atividades nitidamente inseridas dentro de sua atividade-fim.

Assim, a 2ª Ré se utiliza de empresa interposta para a contratação de mão de obra barata e, ao invés de ter contratado a Autora diretamente, como empregada, desde o início, utiliza-se de seu serviço, essencial à realização de sua finalidade social, através de empresas terceirizantes, razão pela qual a situação em comento atrai a aplicação da Súmula 331, do TST.

Os empregados da 1ª Ré são diretamente subordinados estruturalmente à 2ª Ré, utilizando seu sistema operacional, inclusive com acesso a informações financeiras de clientes, se submetendo à sua fiscalização e se identificando aos clientes como sendo empregados da mesma, obedecendo às normas e diretrizes da 2ª Ré, os quais sempre supervisionavam as atividades.

Por ser a Autora pessoa física que prestou os serviços com personalidade, subordinação (podendo ser entendida como remota), de forma não eventual, onerosa e subordinada à 2ª Ré, faz jus à declaração da nulidade do contrato antes firmado com a 1ª Ré e ao reconhecimento da relação de emprego com a 2ª Ré. (Id 54eece0 - P. 2)

O contrato estabelecido entre as empresas Reclamadas para a execução dos serviços, juntado sob o Id f0e2153, contém cláusula expressa no seguinte sentido:

4.6. A CONTRATADA se compromete a disponibilizar espaço físico, sala à disposição para o funcionário Avista, em suas dependências, para que os mesmos realizem a gestão da presente prestação de serviços. (Id f0e2153 - P. 3)

Na audiência de Id 95a891c, a única testemunha ouvida, Sr^a JOANA D'ARC CORREIA SANTOS, confirmou a presença de preposto da tomadora de serviços para realizar o monitoramento e gestão dos serviços prestados:

[...] que trabalhou para a primeira reclamada de 20.05.2015 a 30.04.2016, na função de cobradora interna, prestando serviços exclusivamente em benefício da segunda reclamada; que utilizava o sistema Nectar e um sistema da segunda reclamada; que o nome do sistema da segunda reclamada era Avista; que, através deste último sistema, tinha acesso ao estorno de cartão, emissão de boleto e visualização de pagamento; que não conseguia fazer suas atividades sem esse sistema; que esse sistema era com login e senha, fornecidos pela segunda reclamada; que não se lembra de qual pessoa da segunda reclamada que lhe forneceu a senha; que havia empregado da segunda reclamada que ficava no estabelecimento da primeira, em uma sala chamada aquário; que esta pessoa monitorava a qualidade das ligações e o que era feito no atendimento; que não tinha contato direto com esta pessoa; que o sistema da Avista era um site; que o registro da cobrança era concluído no sistema Nectar; que não sabe informar qual sistema apurava as premiações. (Id 95a891c - P. 2)

Assim, como visto, a prova evidenciou a presença da subordinação jurídica direta da Reclamante à tomadora de serviços.

Desse modo, ainda que se acolhendo a tese firmada pelo Excelso STF, apreciando o tema 725 da repercussão geral, referente à possibilidade de terceirização de atividades-fim da tomadora de serviços, subsiste a declaração de ilegalidade pela fraude perpetrada pelas Rés, uma vez que estavam presentes todos os elementos fáticos jurídicos da relação de emprego com a tomadora, inclusive a subordinação jurídica clássica, não sendo o caso, portanto, de terceirização de serviços nos moldes autorizados.

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso da Reclamante, para declarar a inaplicabilidade da Lei n. 13.429/2017 ao caso, reconhecer a ilicitude da terceirização e a nulidade do

contrato de trabalho firmado entre a Reclamante e a 1ª Reclamada (AÇÃO CONTACT CENTER LTDA.) e declarar o vínculo jurídico com a 2ª Reclamada (AVISTA S.A. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO).

Quanto aos demais pedidos, o entendimento que prevalece nesta d. Primeira Turma, nestes casos, é de que o processo não está pronto para o julgamento do mérito secundário, haja vista que não houve o enfrentamento das questões fáticas no juízo de origem, situação que implica desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, eis que a decisão proferida neste Tribunal, no aspecto, não será passível de recurso pela parte que se sentir prejudicada, atentando-se que os recursos submetidos ao Col. TST não permitem reexame de fatos e provas.

Ademais, a partir da interpretação da nova redação da Súmula 393 do Col. TST, tem-se que a omissão na análise de todos os pedidos e não apenas a supressão colateral da análise de um dos pedidos enseja o retorno dos autos à origem para enfrentamento das pretensões formuladas pela parte.

Dessa maneira, determino o retorno dos presentes autos à Vara de origem, para que seja proferida nova decisão no que tange aos pedidos consecutórios do reconhecimento do vínculo de emprego da Reclamante com a 2ª Ré, inclusive no que tange à responsabilidade das Reclamadas, como entender de direito.

Prejudicado, portanto, o exame dos demais pedidos constantes no recurso.

CONCLUSÃO

Rejeito o pedido de sobrestamento do feito formulado pela 1ª Reclamada AÇÃO CONTACT CENTER LTDA., conheço do recurso ordinário interposto pela Reclamante, rejeito a preliminar de não conhecimento arguida em contrarrazões pela 2ª Reclamada e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para declarar a inaplicabilidade da Lei n. 13.429/2017 ao caso, reconhecer a ilicitude da terceirização e a nulidade do contrato de trabalho firmado entre a Reclamante

e a 1ª Reclamada (AÇÃO CONTACT CENTER LTDA.) e declarar o vínculo jurídico com a 2ª Reclamada (AVISTA S.A. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO). Determino o retorno dos autos à Vara de origem, para que seja proferida nova decisão, no que tange aos pedidos consecutórios do reconhecimento do vínculo de emprego da Reclamante com a 2ª Ré, inclusive no que tange à responsabilidade das Reclamadas, como entender de direito, prejudicado o exame dos demais pedidos constantes no recurso.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Primeira Turma, hoje realizada, à unanimidade, rejeitou o pedido de sobrestamento do feito formulado pela 1ª Reclamada AÇÃO CONTACT CENTER LTDA., conheceu do recurso ordinário interposto pela Reclamante, rejeitou a preliminar de não conhecimento arguida em contrarrazões pela 2ª Reclamada; no mérito, por maioria de votos, deu-lhe provimento parcial para declarar a inaplicabilidade da Lei n. 13.429/2017 ao caso, reconhecer a ilicitude da terceirização e a nulidade do contrato de trabalho firmado entre a Reclamante e a 1ª Reclamada (AÇÃO CONTACT CENTER LTDA.) e declarar o vínculo jurídico com a 2ª Reclamada (AVISTA S.A. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO), vencido parcialmente o Ex.^{mo} Desembargador Emerson José Alves Lage, quanto à subordinação direta. Determinou o retorno dos autos à Vara de origem para que seja proferida nova decisão no que tange aos pedidos consecutórios do reconhecimento do vínculo de emprego da Reclamante com a 2ª Ré, inclusive no que tange à responsabilidade das Reclamadas, como entender de direito. Prejudicado o exame dos demais pedidos constantes no recurso.

Tomaram parte no julgamento os Ex.^{mos} Desembargadores: Luiz Otávio Linhares Renault (Relator), Emerson José Alves Lage (Presidente) e José Eduardo de Resende Chaves Júnior.

Presente ao julgamento, a il. representante do Ministério Público do Trabalho, Drª Maria Helena da Silva Guthier.

Sustentação oral: Advogado Júlio César Andrade Ribeiro, pela reclamada.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2018.

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT
Desembargador Relator

TRT-0011675-51.2016.5.03.0143 (RO)

Publ. no "DE" de 13.02.2019

RECORRENTES: (1) ALMAVIVA PATICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA.
(2) ITAÚ UNIBANCO S.A.

RECORRIDOS: (1) DELZITA PEREIRA COSTA
(2) OS MESMOS

RELATOR: DESEMBARGADOR EMERSON JOSÉ ALVES LAGE

EMENTA: ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO RECONHECIDA EM GRAU DE RECURSO - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM - NOVA DECISÃO - REAPRECIÇÃO, PELO TRIBUNAL, DE QUESTÃO JÁ DECIDIDA - IMPOSSIBILIDADE. Reconhecida em grau de recurso a ilicitude da terceirização e a responsabilidade solidária das reclamadas, com determinação de retorno dos autos à origem para complementação da prestação jurisdicional e julgamento dos demais pedidos formulados, não poderá o mesmo Tribunal reexaminar ou decidir novamente matéria pertinente à terceirização, vínculo de emprego com o tomador e solidariedade, pois é vedado ao julgador decidir questões já decididas (art. 836 da CLT).

Vistos os autos, relatados e discutidos os presentes recursos ordinários interpostos, decide-se.

1 - RELATÓRIO

Após o retorno dos autos à origem, conforme determinado no v. acórdão de ID ed93108, que declarou ilícita a terceirização havida entre os réus e reconheceu o vínculo de emprego da autora diretamente com o banco tomador, Itaú Unibanco S/A, o MM. Juiz do Trabalho Tarcísio Correa de Brito, da 5ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, por meio da r. sentença de ID 9474bc6, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista ajuizada por DELZITA PEREIRA COSTA contra ALMAVIVA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. e ITAÚ UNIBANCO S/A, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento das seguintes verbas: diferenças salariais decorrentes de piso da categoria pessoal, com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e FGTS; diferenças de reajustes devidos à categoria dos bancários, na forma das cláusulas 1ª, 2ª e 3ª das CCTs, com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e FGTS; diferenças de *ticket*-refeição (auxílio-alimentação); auxílio cesta-alimentação; décima terceira cesta-alimentação; multa convencional por violação das CCTs 2014/2015 e 2015/2016; horas extras que ultrapassem a jornada de 30 horas semanais, com reflexos em RSR, férias vencidas + 1/3 constitucional, 13º salário e FGTS, observados os parâmetros da fundamentação e participações nos lucros.

Recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Itaú Unibanco S/A), ID ba6943e, versando sobre: ilegitimidade de parte; licitude da terceirização e inexistência de vínculo de emprego e retificação da CTPS; responsabilidade solidária; benefícios da categoria dos bancários e horas extras.

Representação regular (ID 7b41c75, 8597af4, 33d1b8c e feb531c).

Preparo comprovado no ID b93665d, 441ce6a e 2ded1d0.

Recurso ordinário pela primeira reclamada (Almaviva) no ID 8a9ccbc, versando sobre sobrestamento do feito; incidência das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017; licitude da terceirização e impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego

diretamente com o tomador de serviços; isonomia e benefícios deferidos com base nas convenções coletivas dos bancários; diferenças salariais; auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação, 13ª cesta-alimentação e tíquete-refeição; participação nos lucros e resultados; multas convencionais; retificação da CTPS; horas extras; incidência de correção monetária e honorários sucumbenciais.

Representação regular (ID 62998e3); depósito recursal na forma de seguro garantia e custas recolhidas conforme apólice e guias de ID 892eb8b.

As partes não apresentaram contrarrazões, apesar de intimadas (ID bbf9f76).

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho, já que, neste processo, não se vislumbra interesse público a proteger, nem quaisquer das hipóteses previstas no art. 82 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal Regional do Trabalho.

É o relatório.

2 - ADMISSIBILIDADE

2.1 - Preliminar de não conhecimento do recurso da primeira reclamada, arquivada de ofício

O recolhimento do depósito recursal e das custas processuais constitui pressuposto de admissibilidade do recurso, nos termos do art. 899 da CLT.

No caso, a primeira reclamada (Almaviva Participações e Serviços Ltda.) efetuou o depósito recursal por meio de seguro garantia, não aceito por este Relator que proferiu a seguinte decisão:

A Lei 13.467/2017 previu a possibilidade de o depósito recursal ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial, dando nova redação ao § 11 do art. 899 da CLT. Não houve, contudo, a efetiva regulamentação da utilização de tal modalidade do preparo recursal.

Nesse contexto, esta Primeira Turma vem entendendo que o uso do seguro garantia em processos trabalhistas deve

ser feito com parcimônia, a fim de verificar a efetiva e integral garantia do valor a ser discutido judicialmente.

Com efeito, a finalidade precípua do depósito recursal na Justiça do Trabalho é proteger o trabalhador, já que este, em tese, é a parte hipossuficiente da relação processual, de forma a garantir a execução dos débitos trabalhistas nos casos de condenação em pecúnia, possuindo, portanto, nítido caráter de garantia do Juízo de futura execução, na qual se discutem verbas de caráter alimentar.

Logo, não se pode admitir qualquer tipo de restrição que venha dificultar o implemento da garantia, como verificado na hipótese (documento ID 892eb8b).

Isto porque, de início, constata-se que o referido seguro possui prazo de vigência limitado (até 04.07.2021), o que se mostra incompatível com a natureza da garantia oferecida, em face da ausência de certeza de que eventual execução se findará dentro do prazo ali estipulado, com risco acentuado de perda da garantia ora ofertada.

Além disso, não se vê no documento apresentado a previsão acerca da correção monetária do valor segurado, pois encontra-se limitado ao valor máximo nominal garantido (R\$ 11.945,70).

Não bastasse, a imensa burocracia imposta para o recebimento do valor segurado que, frise-se, seria ao final recebido sem qualquer atualização, após inúmeras condições para caracterização do sinistro, revela que a execução do contrato de seguro é condicionada ao cumprimento de exigências estabelecidas pela seguradora, retirando do Juízo de origem a autonomia para definir o momento da liberação do numerário em prol do reclamante/exequente.

[...].

Por conseguinte, resta claro o caráter condicional do seguro garantia, sendo evidente que tal título não apresenta pronta liquidez, além de não permitir a futura execução imediata da parte incontroversa, em face da dificuldade de pagamento do sinistro, conforme cláusulas acima analisadas.

Veja-se que, na cláusula que tratou da extinção da garantia, há previsão de que o seguro pode ser até mesmo extinto, “quando o segurado e a seguradora assim o acordarem” (item 14.1, II), revelando a fragilidade da garantia oferecida. Ressalte-se, ainda, que o direito ao processamento de forma menos gravosa para o devedor (art. 805 do CPC) e à

preservação dos direitos patrimoniais do executado não podem ser aplicados isolada e irrestritamente, em detrimento do crédito exequendo, de natureza alimentar, sendo certo que o art. 797 do CPC/2015 prevê que a execução deve ser realizada no interesse do credor.

Assim, conclui-se que o seguro garantia tal como ofertado pela Reclamada não pode ser considerado meio hábil para a garantia integral do Juízo, na forma prevista pelo art. 899 da CLT.

Ressalte-se que não se trata, aqui, de negar vigência ao dispositivo de lei, mas apenas de constatar que a garantia ofertada pela Ré, no caso em tela, em razão de condições e termos dispostos na apólice apresentada, não atende ao escopo da lei, qual seja, a garantia do Juízo, em substituição ao depósito recursal e em conformidade com os limites previstos para tal finalidade.

[...].

Assim, entendo que o seguro oferecido pela Ré não é suficiente para garantia do Juízo, dadas as especificidades do contrato firmado entre a Reclamada e a seguradora, incompatíveis com a celeridade que marca o processo do trabalho e a natureza do crédito trabalhista.

Em situações como a dos autos, esta Primeira Turma tem entendido que não é caso, no entanto, de se declarar, desde logo, a deserção do recurso ordinário.

Tendo em vista o recente entendimento adotado pelo Col. TST, como se extrai do que deu origem à nova redação da OJ 269 da SDI-1, e, ainda, a *ratio decidendi* pela aplicação sistêmica e harmônica com as disposições do § 4º do art. 1.007 do CPC, determino a intimação da primeira reclamada (Almaviva Participações e Serviços Ltda.) para efetuar o recolhimento do preparo recursal, em dobro, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do apelo.

Como visto, considerando a nova redação da OJ 269 da SDI-I do c. TST e ainda a aplicação sistêmica e harmônica com as disposições contidas no § 4º do artigo 1.007 do CPC/2015, este relator concedeu à primeira reclamada o prazo de cinco dias para efetuar o recolhimento em dobro do preparo recursal e demonstrar a regularidade do recolhimento das custas, sob pena de não conhecimento do apelo.

A demandada, contudo, não efetuou o depósito recursal nos termos determinados, tampouco demonstrou a regularidade do recolhimento das custas processuais, apesar da concessão de prazo e intimação para tanto, como se infere da sua manifestação no sentido de que a apólice de seguro judicial apresentada pela empresa cumpre todos os requisitos legais, requerendo que o recurso interposto seja conhecido e provido (ID 2d67289).

Assim, não conheço do recurso ordinário interposto pela primeira reclamada (Almaviva Participações e Serviços Ltda.) por ausência de comprovação do preparo, pressuposto extrínseco de admissibilidade, a teor do disposto no art. 899 da CLT, configurada a deserção.

Lado outro, conheço do recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Itaú Unibanco S.A.), presentes os pressupostos de admissibilidade, à exceção da arguição de ilegitimidade passiva, por preclusão consumativa, haja vista que essa preliminar foi rejeitada pela Magistrada de origem na r. sentença de ID d0fafca, sem que os reclamados tenham se insurgido oportunamente em relação a ela.

Não conheço, também, das matérias sobre licitude da terceirização e impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre a reclamante e o tomador de serviços (segundo reclamado), pois essas questões já foram enfrentadas por esta Turma Revisora, conforme fundamentos expostos no acórdão de ID 2f30b79, tendo sido determinado o retorno dos autos à origem apenas para complementação da prestação jurisdicional quanto aos pedidos decorrentes do vínculo reconhecido nesta instância revisora. Incide, no caso, o disposto no art. 836 da CLT.

3 - FUNDAMENTOS

3.1 - Retificação da CTPS

O segundo reclamado se insurge contra a determinação de retificação da CTPS da autora.

A retificação da CTPS é consequência lógica do reconhecimento do vínculo de emprego com o segundo reclamado que, na condição de real empregador, é o responsável pela anotação, nos termos do artigo 29 da CLT.

Nada a prover.

3.2 - Benefícios da categoria dos bancários: diferenças salariais, auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação, 13ª cesta-alimentação, tíquete-refeição, PLR

O recorrente nega o enquadramento bancário à reclamante e, via de consequência, o seu direito às vantagens asseguradas nas convenções coletivas da categoria.

O enquadramento da reclamante como empregada do segundo reclamado (ITAÚ UNIBANCO S/A), em razão da fraude reconhecida no acórdão ID ed93108, assegura-lhe o direito às garantias legais e convencionais destinadas aos seus empregados, conforme reconhecido na sentença de origem, quais sejam: diferenças salariais, auxílio-refeição, auxílio cesta-alimentação, 13ª cesta-alimentação e PLR.

Não se trata apenas de aplicação do princípio da isonomia, mas de reconhecimento do direito da autora de receber os benefícios convencionais previstos nas normas coletivas firmadas pelo seu empregador.

A medida, reitera-se, decorre do reconhecimento de formação do vínculo de emprego diretamente com o segundo reclamado, instituição bancária, questão já superada nos autos, pois já analisada e decidida por esta Turma Revisora.

Assim, a reclamante se sujeita aos instrumentos coletivos e a todo o regramento legal destinado à categoria dos bancários, não prosperando os argumentos dos recorrentes em sentido contrário.

O réu não comprovou a ocorrência de qualquer fato obstativo ao pagamento dos benefícios deferidos na r. sentença, inclusive quanto à participação nos lucros e resultados, não podendo arguir a própria torpeza para tanto, em vista da fraude cometida.

A condenação imposta na r. sentença está naturalmente limitada ao pagamento de benefícios previstos nas normas coletivas juntadas aos autos e que possuem vigência correlata ao período contratual, observando-se não só os dias efetivamente trabalhados, como também os termos ajustados nas normas coletivas aplicáveis.

O fornecimento de tíquete-refeição pela primeira reclamada não obsta o direito da autora à percepção do valor estabelecido na CCT dos bancários, por força do enquadramento sindical aqui reconhecido, devendo ser ressaltado que a sentença expressamente deferiu “diferenças de *ticket-refeição*”, estando implícita, portanto, a dedução do valor já recebido a esse título.

As diferenças salariais foram deferidas considerando o piso da categoria pessoal de escritório, observado o salário de ingresso e o piso após 90 dias, conforme pretendido pelo recorrente que, assim, não tem interesse recursal nesse aspecto.

A inscrição do recorrente no PAT não o exime de pagar as diferenças de tíquete-refeição ou tíquete-alimentação, tendo sido reconhecida a natureza indenizatória da verba.

Registro, por fim, que o pedido de pagamento de adicional de aviso prévio foi rejeitado pela decisão de origem (ID 9474bc6 - P. 6).
Nego provimento.

3.3 - Multas convencionais

A insurgência recursal no aspecto cinge-se à alegação de que as normas coletivas dos bancários não se aplicam ao contrato de trabalho da autora, não tendo havido descumprimento daquelas das quais a Almaviva é signatária.

Esses argumentos, conforme exposto nos tópicos antecedentes, estão superados, razão pela qual não são acolhidos.

Provimento negado.

3.4 - Horas extras

A sujeição da reclamante à jornada prevista no *caput* do art. 224 da CLT é mera decorrência do enquadramento bancário reconhecido nos autos.

À minguada de prova em sentido contrário, os cartões de ponto trazidos aos autos foram acolhidos pelo d. julgador de origem como prova da efetiva jornada cumprida. Contudo, considerando a sujeição da reclamante à jornada especial dos bancários, tal como previsto no *caput* do art. 224 da CLT, sendo o limite aplicável ao contrato de trabalho dos bancários de seis horas diárias e trinta semanais, há diferenças a serem quitadas, tendo em vista a jornada efetivamente cumprida.

Também não vejo incorreção no deferimento dos pleiteados reflexos, ante a habitualidade das horas extras prestadas.

Desprovejo.

3.5 - Responsabilidade solidária

Não se acolhe a insurgência do reclamado contra a responsabilidade solidária declarada na r. sentença.

A responsabilidade entre os reclamados é solidária, como consequência da ilegalidade declarada, como resulta da lei (art. 942 do Código Civil) e do *consilium fraudis*.

Ademais, o recorrente foi declarado real empregador, respondendo, assim, diretamente pelos créditos deferidos.

Provimento negado.

4 - CONCLUSÃO

Não conheço do recurso ordinário interposto pela primeira reclamada (Almaviva Participações e Serviços Ltda.), por deserção. Conheço do recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Itaú Unibanco S.A.), à exceção da arguição de ilegitimidade passiva, por preclusão consumativa, e, também, das matérias sobre licitude

da terceirização e impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre a reclamante e o tomador de serviços, pois essas questões já foram enfrentadas por esta Turma Revisora, na forma do art. 836 da CLT. No mérito do recurso do Itaú Unibanco S.A., nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Primeira Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, à unanimidade, não conheceu do recurso ordinário interposto pela primeira reclamada (Almaviva Participações e Serviços Ltda.), por deserção, mas conheceu do recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Itaú Unibanco S.A.), à exceção da arguição de ilegitimidade passiva, por preclusão consumativa, e, também, das matérias sobre licitude da terceirização e impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre a reclamante e o tomador de serviços, pois essas questões já foram enfrentadas por esta Turma Revisora, na forma do art. 836 da CLT; no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso do Itaú Unibanco S.A.

Tomaram parte no julgamento os Ex.^{mos} Desembargadores: Emerson José Alves Lage (Relator), José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Maria Cecília Alves Pinto (Presidente).

Presente ao julgamento, a il. representante do Ministério Público do Trabalho, Dr^a Sônia Toledo Gonçalves.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2019.

EMERSON JOSÉ ALVES LAGE
Desembargador Relator

TRT- 0010583-32.2016.5.03.0145 (RO)

Publ. no “DE” de 21.01.2019

RECORRENTES: VGX CONTACT CENTER NORTE MG LTDA., BANCO
BMG S/A

RECORRIDA: ANA CLÁUDIA SILVA SOARES

RELATOR: DESEMBARGADOR SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. LICITUDE. DECISÃO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. A controvérsia alimentada por mais de uma geração no Direito do Trabalho acerca da ilicitude ou validade da terceirização das atividades empresariais restou finalmente pacificada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, nos julgamentos da Arguição de Preceito Fundamental - ADPF n. 324 e do Recurso Extraordinário - RE n. 958.252, concluídos na sessão do dia 30.08.2018. Neste compasso, a Corte Maior fixou 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.” Diante do entendimento firmado pela Corte Suprema, as pretensões formuladas na petição inicial com fundamento na ilicitude da terceirização não mais ensejam acolhimento, como outrora.

RELATÓRIO

Vistos os autos, relatados e discutidos os recursos ordinários oriundos da 3ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, proferiu-se o seguinte acórdão:

No acórdão de ID 7c509fc, esta Segunda Turma do TRT deu provimento parcial ao recurso da reclamante para

[...] reconhecer a ilicitude da terceirização e declarar o vínculo de emprego diretamente com o reclamado Banco BMG no período de 19.11.2013 a 14.07.2014, ficando ainda reconhecido o enquadramento da autora na categoria dos bancários, com todas as suas consequências.

Em observância à determinação do referido acórdão, o Juízo de origem proferiu nova decisão (ID efe888c), julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados.

Inconformada, a 1ª reclamada interpôs recurso ordinário (ID 433dffe) versando sobre terceirização, vínculo de emprego com o Banco BMG, benefícios normativos.

Comprovado o recolhimento das custas e depósito recursal (ID 8cd35ec e 0ee3881).

Recurso do 2º reclamado (ID 39b3cfd) versando sobre aplicabilidade da Lei n. 13.467/2017, responsabilidade solidária, terceirização, ilegitimidade passiva, justiça gratuita, benefícios convencionais, correção monetária.

Comprovado o recolhimento das custas e depósito recursal (ID 6b0ee1b e a2ad14e).

Contrarrazões de ID e609276.

É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Presentes e regulares todos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade dos recursos, deles conheço.

MÉRITO

Recurso dos reclamados

1. Terceirização - Vínculo de emprego com o tomador dos serviços - Benefícios convencionais

Insurgem-se os reclamados contra a decisão que declarou a ilicitude da terceirização e o enquadramento da autora como bancária, com fundamento na terceirização ilícita de atividade-fim. Argumentam que essa questão restou superada, não podendo prevalecer o posicionamento firmado, diante da recente decisão do STF nos julgamentos da Arguição de Preceito Fundamental - ADPF n. 324 e do Recurso Extraordinário - RE n. 958.252, proferidos na sessão do dia 30.08.2018.

Ao exame.

Não obstante esta d. Turma tenha se posicionado pela ilicitude da terceirização no acórdão de ID 7c509fc, sob o fundamento de que não pode haver aplicação retroativa das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, é certo que, no dia 30.08.2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) n. 958.252, com repercussão geral, e estabeleceu a seguinte tese jurídica:

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 das empresas contratantes.

Ao longo de dezenas de anos, o entendimento que vinha prevalecendo no Direito do Trabalho e retratado na jurisprudência majoritária do C. TST era o de que a terceirização da atividade empresarial estava restrita a situações específicas: trabalho temporário e de vigilância (com legislação à parte), de conservação e limpeza, bem como outros ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (Súmulas 256 e 331 do TST).

Esses entendimentos objetivavam, subliminarmente, não há como negar, evitar a precarização da mão de obra e a pulverização das categorias profissionais, com a conseqüente perda da sua união e força, tornando-as ainda mais manipuláveis e frágeis quanto ao exercício de pressão socioeconômica com o escopo de conquistas supralais.

De outra parte, as categorias econômicas, com melhor organização, mas sabidamente pressionadas pela insaciável tributação da qual não conseguem legalmente escapar, tendo em vista o emaranhado de impostos e taxas, cientes de que a reforma tributária não desponta no horizonte, uma vez que pressupõe vontade política e, nesse caso, depende de múltiplos acordos e concessões entre os entes arrecadadores e da participação da própria sociedade, acabaram vencendo a sua árdua batalha em prol de uma legislação trabalhista mais condizente com o interesse econômico e o empreendedorismo, em detrimento do valor social do trabalho.

Daí as recentes Leis n. 13.429 e 13.467, ambas de 2017, que passaram a permitir a terceirização inclusive da atividade nuclear da empresa, além de trazerem inúmeras outras novidades legislativas a respeito do trabalho subordinado, temas que ainda se encontram sob abrangente análise doutrinária e interpretação jurisprudencial, tendo em vista que, na sua aplicação, reclamam prudente juízo de ponderação entre princípios constitucionais, questões que certamente desaguarão no STF, como já ocorre com diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, até que a Corte Suprema, iluminada pela Carta Política, diga o “Direito”, eliminando a inquietude perturbadora que hoje reina no Direito do Trabalho.

No caso, a prova coligida ao processo evidencia que as atividades desenvolvidas pela reclamante se encontravam inseridas na dinâmica empresarial e no processo produtivo da tomadora de serviço, atuando de forma decisiva para o seu sucesso ou insucesso, sendo o trabalho desenvolvido por ela plenamente necessário ao serviço oferecido pela recorrente. Contudo, conforme decisão da Corte Superior acima referida, não há ilicitude na relação jurídica

estabelecida entre a reclamante e as reclamadas, o que, por consequência, afasta a possibilidade de acolhimento dos pedidos formulados na inicial com esse fundamento.

Cumprе ressaltar que o julgamento realizado pelo STF não se referia ao quadro normativo trazido pelas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, mas sim às situações anteriores à vigência dessa normatividade, como no caso em apreço. Ou seja, a decisão contida no acórdão proferido por esta Turma julgadora (ID 7c509fc) está em desacordo com a recente manifestação do Tribunal Pleno do E. STF, de 30.08.2018, nos autos do RE 958.252, ao apreciar o tema 725 de Repercussão Geral, bem como com o julgamento da ADPF 324.

Assim, diante dessas circunstâncias excepcionais, a norma disposta no art. 836 da CLT e no art. 505 do CPC, enquanto não transitada em julgado, deve ser relativizada, de forma a possibilitar a adequação dos pontos controvertidos da lide ao novo cenário jurídico decorrente dessa vinculante decisão proferida pela Suprema Corte, em observância ao princípio da celeridade processual, norteador do Direito Processual do Trabalho. Não há que se cogitar em preclusão *pro judicato*, considerando que sobreveio modificação no estado de direito, com repercussão geral proferida pelo STF.

Diante do exposto, dou provimento aos recursos dos reclamados para declarar a licitude da terceirização e, consequentemente, afastar a condenação ao pagamento dos benefícios convencionais (diferenças salariais; auxílio-refeição; auxílio cesta-alimentação; PLR). Por fim, registro que não ficou evidenciada a subordinação direta da reclamante a prepostos da tomadora, o que poderia descaracterizar o contrato lícito e ensejar o vínculo direto com a tomadora.

Provimento nos termos acima.

2. Justiça gratuita

A alteração legislativa acerca da justiça gratuita, com o advento da Lei n. 13.467/2017, é inaplicável aos processos em curso ajuizados na vigência da legislação anterior, em prestígio aos

princípios da segurança jurídica, do contraditório, da boa-fé processual e da vedação à decisão surpresa.

Nos termos da antiga redação do § 3º do art. 790 da CLT, o benefício da justiça gratuita pode ser concedido em qualquer instância, a requerimento da parte ou de ofício, àqueles que percebam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declarem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A declaração da reclamante nesse sentido (ID 75fcf68), não infirmada por prova em contrário, é o que basta para o deferimento do benefício. Inteligência da Súmula 463 do TST.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos dos reclamados e, no mérito, dou-lhes provimento parcial para declarar a licitude da terceirização e, conseqüentemente, afastar a condenação ao pagamento dos benefícios convencionais (diferenças salariais; auxílio-refeição; auxílio cesta-alimentação; PLR), julgando improcedentes todos os pedidos formulados na inicial. Invertido o ônus da sucumbência, deverá a reclamante arcar com as custas de R\$ 1.040,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$ 52.000,00). Isenta, por ser beneficiária da justiça gratuita.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

A Segunda Turma, do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão hoje realizada, à unanimidade, conheceu dos recursos dos reclamados; no mérito, sem divergência, deu-lhes provimento parcial para declarar a licitude da terceirização e, conseqüentemente, afastar a condenação ao pagamento dos benefícios convencionais (diferenças salariais; auxílio-refeição; auxílio cesta-alimentação; PLR), julgando improcedentes todos os

pedidos formulados na inicial; inverteu o ônus da sucumbência; determinou que deverá a reclamante arcar com as custas de R\$ 1.040,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$ 52.000,00). Isenta, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Presidente: Ex.^{mo} Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento: Ex.^{mo} Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira (Relator), Ex.^{mo} Desembargador Jales Valadão Cardoso e o Ex.^{mo} Juiz Antônio Carlos Rodrigues Filho (convocado para substituir a Ex.^{ma} Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros, em férias, RI, art. 66, § 2º).

Procurador do Trabalho: Dr. Eduardo Maia Botelho.

Secretária da Sessão: Eleonora Leonel da Mata Silva.

Belo Horizonte, 18 de dezembro 2018.

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA
Desembargador Relator

TRT-0011191-45.2016.5.03.0043 (RO)

Publ. no "DE" de 30.08.2018

RECORRENTE: GABRIELA MATEUS NERY

RECORRIDOS: 1) BANCO BRADESCO S.A.

2) BANCO BRADESCO CARTÕES S.A.

3) TEMPO SERVIÇOS LTDA.

4) CALLINK SERVIÇOS DE CALL CENTER LTDA.

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES
JÚNIOR

**EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DO
CONGLOMERADO BANCÁRIO - VÍNCULO
EMPREGATÍCIO COMPARTILHADO - TEORIA DO**

JOINT EMPLOYMENT. 1. O trabalhador que exerce habitualmente função inserida nas atividades principais do tomador final de seus serviços e, nessa condição, sujeito à supervisão, direção ou regramento operacionais estabelecidos pela *res productiva*, para além das ordens executivas emanadas do empregador putativo, tem direito, em face do princípio da norma mais favorável, ao *status* jurídico do vínculo empregatício compartilhado entre as empresas que se beneficiam conjuntamente de seu trabalho, independentemente da declaração de ilicitude ou não da terceirização. Inteligência da teoria do *joint employment*, do direito comparado, nos termos do artigo 8º da CLT. 2. A nova organização produtiva irradia-se por meio de um processo aparentemente paradoxal, de concomitante expansão e fragmentação, ou seja, com incorporação de campos econômicos adjacentes, mas com incremento da especialização operativa. Tal prática induz, na esfera do direito, uma forma especial de contrato-realidade, de maneira a suscitar a vinculação jurídica empregatícia compartilhada, que congloba o *status* jurídico mais benéfico ao trabalhador. A doutrina do *joint employment* constitui-se como um concerto jurídico que, a par de garantir o exercício da livre iniciativa, a flexibilidade de gestão e o foco empresarial nas atividades mais estratégicas, não se descarta dos preceitos constitucionais de proteção ao trabalho humano e de progressividade social. 3. A ideia do vínculo de emprego compartilhado aperfeiçoa-se independentemente da desconstituição formal do contrato de trabalho e incide apenas no campo

trabalhista, sem afetação necessária nas esferas civil, empresarial, administrativa ou previdenciária. Similar e correlato à figura do grupo econômico trabalhista, o instituto do *joint employment* tem inflexões restritas e internas ao âmbito da autonomia científica e jurídica do Direito do Trabalho.

RELATÓRIO

O MM. Juiz da Primeira Vara do Trabalho de Uberlândia, Dr. Marco Aurélio Marsiglia Treviso, por meio da r. decisão de Id c0b54e8, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou improcedentes os pedidos formulados por Gabriela Mateus Nery em face de Banco Bradesco S.A., Banco Bradesco Cartões S.A., Tempo Serviços Ltda. e Callink Serviços de Call Center Ltda.

A reclamante interpôs recurso ordinário, em que sustenta a alegação de nulidade do contrato de trabalho firmado com a 4ª reclamada (Callink) e postula declaração do vínculo com o primeiro reclamado (Banco Bradesco S.A.), tomador dos serviços, com o correto enquadramento sindical e o pagamento das parcelas trabalhistas da categoria dos bancários (Id 3ea1d99).

Não há recolhimento de preparo, por ser a recorrente beneficiária da justiça gratuita.

Contrarrrazões: dos reclamados Banco Bradesco S.A., Banco Bradesco Cartões S.A. e Tempo Serviços Ltda., em peça única - Id ef6b40c; de Callink Serviços - Id 09acf3d.

Em suma, o relatório.

VOTO

Admissibilidade

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário.

Mérito

Aplicação das Leis n. 13.467/2017 e 13.429/2017

Deixo de emitir juízo a respeito da aplicação abstrata e imediata das Leis n. 13.467/2017 e 13.429/2017. Não cabe ao Judiciário manifestar-se sobre questão em tese, de cunho estritamente teórico.

Todavia, questões de mérito que envolvam a aplicação de referidas Leis serão examinadas de forma concreta e pontual.

Sobrestamento do feito - Contrarrazões dos bancos e Tempo Serviços

Os reclamados requerem o sobrestamento do processo com base no que se decidiu no RE 760.931/DF (Tema 246).

No julgamento do RE 760.931/DF, tema 246, cuja repercussão geral já havia sido reconhecida, o Exc. Supremo Tribunal Federal fixou novas diretrizes para análise dos casos de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, razão pela qual não se aplica ao presente caso, em que não há participação de órgão público.

Rejeito.

Da terceirização - Formação do vínculo com o tomador dos serviços

O d. Juízo de origem entendeu pela regularidade do processo de terceirização efetuado entre os reclamados, nos moldes da Lei n. 13.429/2017, e julgou improcedente o pedido de vínculo empregatício entre a reclamante e o primeiro reclamado (Banco Bradesco S.A.).

A reclamante não se conforma e afirma, em síntese, que exercia serviços típicos da atividade bancária, razão pela qual pede a declaração de ilicitude da terceirização e a formação do vínculo de emprego com o tomador dos serviços, bem como o enquadramento dela, autora, na categoria dos bancários.

Ao exame.

1. Ilicitude da Terceirização

A CTPS demonstra que a reclamante foi admitida por Algar Tecnologia e Consultoria S.A. em 24.11.2014, na função de Atendente Júnior, e dispensada em 25.11.2015 (Id d8e3ac7).

Embora tenha sido a autora contratada pela referida reclamada, laborou, com exclusividade, para o grupo econômico liderado pelo Banco Bradesco S.A., beneficiário dos serviços prestados por ela, como restou demonstrado pelo conjunto probatório produzido nestes autos, e é o que se infere dos pontos declarados incontroversos pelas partes, em audiência (Id 41b4dec; os destaques não são do original):

- a) Os cartões de ponto refletem a real jornada de trabalho;
- b) O superior hierárquico do(a) reclamante era funcionário(a) da Callink;
- c) O(A) reclamante atendia correntistas e não-correntistas e realizava atendimento SAC, dos clientes dos cartões Bradescard e lojas parceiras (C&A, Le Biscuit, Makro) das bandeiras VISA, MASTER e ELO;
- d) A empresa Bradesco Cartões S/A é a empresa responsável pela criação de cartões de crédito, estipulação de taxa de juros e outros produtos e serviços inerentes aos cartões de créditos das bandeiras VISA, MASTER, ELO e AMEX;
- e) O(A) reclamante e os funcionários da Bradesco Cartões não têm acesso a conta-corrente;
- f) A CCT aplicada aos empregados da empresa Bradesco Cartões S/A é aquela decorrente do segmento bancário;
- g) O(A) reclamante não tinha acesso a câmara de compensação de cheque;
- h) A(O) reclamante não exercia atividades como operação de CDC, leasing, o que também não era exercido por funcionários da Bradesco Cartões S/A;
- i) A(O) reclamante não trabalhava nas dependências de agência bancária;
- j) O(A) preposto(a) da Bradesco Cartões também não trabalha nas dependências de agência bancária;
- k) Apenas funcionários do departamento comercial da Bradesco Cartões trabalham em agência bancária; todos os demais funcionários de todos os outros departamentos da

- Bradesco Cartões não trabalham em agência bancária;
- l) Não existe sede da Bradesco Cartões em Uberlândia;
 - m) A Callink possui outras empresas clientes;
 - n) A(O) reclamante recebia ticket-alimentação e vale-transporte da Callink, de acordo com extratos juntados;
 - o) Nunca aconteceu da(o) reclamante ser transferida para outros projetos da Callink, embora tal situação pudesse ocorrer;
 - p) Havia 02 pausas de 10 minutos cada, e 01 intervalo de 30 minutos.
 - q) As atividades exercidas ficam predeterminadas no sistema.

Como se infere das declarações acima transcritas, a reclamante era vinculada a operações com cartões de crédito das bandeiras Visa, Elo, Master e Amex, administrados pelo Banco Bradesco Cartões S.A., salientando-se ainda que as marcas “Bradescard” e “Amex” são exclusivas do Grupo Bradesco.

A par disso, em face das funções exercidas, totalmente voltadas para atividades relacionadas com cartões de crédito, é indubitável que o trabalho da autora se achava inserido na atividade-fim, habitual, necessária e permanente ou atividade laboral integrante do processo produtivo do grupo econômico do Banco Bradesco, haja vista as funções desempenhadas por ela, que tratam, sim, de atividade bancária, não podendo ter sido por eles terceirizadas por meio de interposta empresa.

Dispõe o item I da Súmula 331 do C. TST que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974).

A mesma cristalização de jurisprudência, em seu inciso III dispõe, *in fine*, que o vínculo não se forma com o tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Mas a análise fática dos autos demonstra justamente o contrário, ou seja, que a trabalhadora, no desempenho de suas tarefas, estava jungida à subordinação estrutural ou integrativa.

No Magistério de Mauricio Delgado, a subordinação estrutural

é a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

E segue Delgado precisando esse novo conceito de relação de emprego, sublinhando que a

[...] subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores em especial a terceirização.

Na função de venda e atendimento (para correntistas e não correntistas) de cartões de crédito, a autora exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais do Banco Bradesco S.A.

E, uma vez inserida nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção.

É oportuno ressaltar que da prova dos autos resta claro que a autora cumpria ordens de serviço, ainda que de forma indireta, dadas pelos empregados do Banco, muito embora não se utilizasse do espaço físico do primeiro, segundo e terceiro reclamados.

Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas colaborar. A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica.

Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos

outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício.

A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação.

Nessa ordem de ideias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também o disposto nas Resoluções n. 3.110 e 3.954 do Banco Central, que dispõem sobre a contratação por parte dos bancos e assemelhados de empresas para o desempenho de funções nelas discriminadas, pois, no contexto fático em que se examina o presente caso, resume da prova a subordinação da reclamante-trabalhadora ao empreendimento bancário, que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano o Banco reclamado.

Vale lembrar que, na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, *caput* -, o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais.

Conclui-se, portanto, que a existência de empresa interposta não obsta a configuração da subordinação estrutural com o beneficiário final dos serviços prestados, no presente caso, o Banco Bradesco.

Frente ao longo expandido, não comporta reforma a decisão de primeiro grau. De fato, a relação jurídica de prestação de serviços existiu entre a reclamante e o Grupo Bradesco, sendo nulo o contrato de emprego havido com Algar Tecnologia e Consultoria S.A.

Por seu turno, mera consequência é o deferimento à autora dos direitos dos bancários, não socorrendo aos recorrentes o disposto na Súmula 374 do C. TST e a decisão do STF proferida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 590.415, na medida em que a autora é empregada do tomador dos serviços.

Saliento, por relevante, a Súmula 49 deste Regional:

I - O serviço de *telemarketing* prestado por empresa interposta configura terceirização ilícita, pois se insere na atividade-fim de instituição bancária (art. 17 da Lei n. 4.595/64). II - Reconhecida a nulidade do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços (arts. 9º da CLT e 942 do CC), forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador, pessoa jurídica de direito privado, que responde pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos seus empregados, com responsabilidade solidária da empresa prestadora.

Não há, portanto, falar em aplicação da Súmula 55 do C. TST.

Acresça-se, ainda, que a Lei n. 9.472/1997, em especial seus artigos 60, *caput* e § 1º, 94, II e 154, não obsta o reconhecimento da ilicitude da contratação terceirizada, tendo em vista a presença de todos os requisitos essenciais para tanto, entendimento que não configura violação à referida Lei, bem como ao artigo 170 da Constituição da República, em razão de também se aplicar ao caso vertente o entendimento disposto na Súmula 331 do C. TST.

Registro que as Súmulas 117, 119, 239 e 257, todas do C. TST, citadas pelos recorrentes, tratam de situações distintas, sendo certo que a função da autora, como bancária, está diretamente ligada ao objeto social do grupo econômico formado pelos réus, o qual, inclusive, respeita as disposições das convenções bancárias para os empregados diretamente por ele contratados. Por sua vez, as Orientações Jurisprudenciais 64 e 126 da SDI-1 do C. TST encontram-se canceladas.

Quanto à insegurança jurídica supostamente gerada por decisões judiciais que declaram o vínculo com o tomador dos serviços, argumento levantado em contrarrazões, no meu sentir, a verdadeira causa da insegurança jurídica é a precarização do tratamento dos profissionais da área voltada aos serviços bancários, que traz para os trabalhadores pouca ou nenhuma estabilidade, desrespeita os direitos conquistados a duras penas por meio de anos de luta da categoria e torna insuficiente o próprio serviço

bancário, colocando a serviço dos cidadãos profissionais despreparados, desprestigiados e, muitas vezes, incapazes de solucionar os mais mezinhos impasses entre os cidadãos e o sistema bancário. Nesse sentido, não há, também, qualquer lesão ao princípio da razoabilidade.

Aqui, cabe recordar excerto de artigo publicado na revista deste Egrégio Tribunal:

É interessante, a respeito, chamar à colação o debate que se trava no constitucionalismo contemporâneo acerca da mudança paradigmática dos princípios liberais - igualdade, liberdade e fraternidade - cristalizados a partir dos ideais kant-rousseauianos da Revolução Francesa, para a chamada tríade de Denninger - segurança jurídica, diferença e solidariedade. Nesse debate, travado à luz da Lei Fundamental Alemã, e das novas constituições do leste alemão - Bundesländer - a segurança suplementa a ideia de liberdade negativa e clássica, em permanente articulação com a ideia de solidariedade, a fim de reconstruir o Estado e a Constituição como garantias do cidadão contra as esferas da noção de risco e sobretudo contra os riscos sociais, que são mais iminentes que os riscos bélicos, por exemplo. Flagra-se aqui uma relação dinâmica entre direito, economia e, sobretudo, o caráter expectacional da segurança jurídica, que pode e deve ser um compromisso do sistema jurídico, mas num contexto espraiado e universal, onde a mutabilidade da vida social não se traduza em simples refúgio da irresponsabilidade jurídica e social dos agentes sociais, mormente os agentes econômicos.

Portanto, trata-se de medida razoável, cabendo salientar que assim já decidi em outros autos, a exemplo de RO-0011289-64.2015.5.03.0043, RO-0010210-61.2015.5.03.0104, 0010692-61.2016.5.03.0043-RO, 0011301-08.2017.5.03.0173 e RO-0010087-49.2015.5.03.0044, em processos envolvendo os mesmos reclamados.

A responsabilidade solidária dos reclamados pelo pagamento das parcelas impostas em primeiro grau é medida que se impõe, ante a circunstância de ter sido a fraude à legislação trabalhista

perpetrada conjuntamente pelos reclamados (artigo 9º da CLT), com a finalidade de precarizar os direitos dos trabalhadores admitidos para execução de serviços inseridos na atividade-fim de um tomador, nos termos do artigo 942 c/c inciso III do artigo 932 do Código Civil.

2. Teoria do *Joint Employment*

Diante do cenário de que a externalização das atividades empresariais tem se revelado como tendência do capitalismo mundial, é importante, também, examinar a matéria por este ângulo.

Independentemente do debate sobre a licitude ou não da terceirização levada a cabo pelo tomador dos serviços, parece útil trazer para o ordenamento trabalhista brasileiro o instituto do *joint employment*, sacramentado na jurisprudência norte-americana desde a década de 40 do século passado, como vem divulgando o Professor Cássio Casagrande. Como se sabe, a integração analógica do sistema brasileiro de regulação do trabalho pelo direito comparado está expressamente autorizada pelo artigo 8º da CLT.

Joint Employment é uma doutrina construída pela jurisprudência trabalhista dos Estados Unidos, que prevê a existência de um contrato de trabalho compartilhado, quando o trabalhador desempenha uma função que, simultaneamente, beneficia duas ou mais empresas.

Em geral, a teoria do *joint employment* é concebida em três situações [1]:

(i) quando existe um acordo entre empresas para compartilhar os serviços do empregado (Slover v. Wathen, 140 F. 2d 258 - C.A. 4; Mitchell v. Bowman, 131 F. Supp.);

(ii) quando uma empresa atua direta ou indiretamente no interesse de outra ou outras empresas em relação ao trabalhador (Greenberg versus Arsenal Building Corp., *et al.*, 144 F. 2d 292 - C.A. 2).

(iii) quando as empresas não estão completamente desassociadas em relação ao emprego de um empregado em

particular e podem ser consideradas como compartilhando o controle do empregado, direta ou indiretamente (Dolan v. Day & Zimmerman, Inc., *et al.*, 65 F. Supp. 923 - D. Mass. 1946).

(Cfr. US Code of Federal Regulation, 29 - Labor: § 791.2. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>. Acesso em: 12 dec. 2017.)

Essa teoria parece perfeitamente compatível com a dogmática brasileira. O trabalhador que exerce habitualmente função inserida nas atividades essenciais do tomador final de seus serviços e, nessa condição, sujeito à supervisão, direção ou regramento operacionais estabelecidos pela *res productiva*, para além das ordens executivas emanadas do empregador putativo, tem direito ao *status* jurídico do vínculo empregatício compartilhado entre as empresas que se beneficiam conjuntamente de seu trabalho, independentemente da ilicitude ou não da terceirização.

Por um lado, o princípio constitucional da isonomia impõe o tratamento igualitário a todos aqueles que se encontrem numa mesma situação fática de trabalho, o que nos conduz à extensão das condições jurídicas de trabalho dos empregados da tomadora aos empregados da empresa prestadora de serviços.

Por outro, o princípio da norma mais favorável ao empregado induz, da mesma forma, a extensão, por conglobamento, dos direitos trabalhistas aos terceirizados.

Nesse sentido, o *outsourcing* é concebido e observado juridicamente como mero conceito de gestão. A nova organização produtiva irradia-se por meio de um processo aparentemente paradoxal, de concomitante expansão e fragmentação, ou seja, com incorporação de campos econômicos adjacentes, mas com incremento da especialização operativa.

Tal prática induz, na esfera do direito, uma forma especial de contrato-realidade, de maneira a suscitar a vinculação jurídica empregatícia compartilhada, que congloba o *status* jurídico mais benéfico ao trabalhador.

Nesse novo ambiente de produção mais estendida e especializada, cabe ao trabalhador, ali inserido habitualmente, apenas colaborar para não embaraçar o fluxo produtivo. Essa nova organização do trabalho imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores, que prescinde, em muitos casos, do sistema clássico de disciplina (FOUCAULT) individualizada, privilegiando o controle (DELEUZE) coletivizado e estatístico dos trabalhadores. Perde espaço a singularização hierárquica. Em certa medida, desloca-se a concorrência da esfera do capital para o ambiente de trabalho, porquanto a própria equipe se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo. Processa-se uma espécie de sub-rogação do comando empregatício, que passa a ter um viés muito mais horizontal e reticular, constituindo uma forma latente de subordinação, que se projeta muito mais como potência do que ato.

A doutrina do *joint employment* é um concerto jurídico que, a par de garantir o (i) exercício da livre iniciativa, a (ii) flexibilidade de gestão e o (iii) foco empresarial nas atividades mais estratégicas, não se descarta dos preceitos constitucionais de proteção ao trabalho humano e de progressividade social.

A ideia do vínculo de emprego compartilhado aperfeiçoa-se independentemente da declaração de desconstituição formal do contrato de trabalho e incide apenas no campo trabalhista, sem afetação necessária nas esferas civil, empresarial, administrativa ou mesmo previdenciária. Similar e correlato à figura do grupo econômico trabalhista, o instituto do *joint employment* tem inflexões restritas e internas ao âmbito da autonomia científica e jurídica do Direito do Trabalho.

No caso dos autos, tanto o conglomerado bancário como a empresa de intermediação de trabalho, que atuaram de maneira concertada, foram beneficiados pela prestação de trabalho da reclamante, razão pela qual tem incidência a referida teoria do coemprego, que abarca e envolve a situação jurídico-trabalhista de todos os beneficiários do trabalho, comunicando, dessa forma, o *status* jurídico laboral mais benéfico ao empregado, isso,

registre-se, sem a declaração de ilicitude da terceirização.

Nessa ordem de ideias, comporta reforma a decisão de primeiro grau.

De fato, a relação jurídica de prestação de serviços existiu entre a reclamante e os reclamados Banco Bradesco S.A., Banco Bradesco Cartões S.A. e Tempo Serviços Ltda., independentemente até de nulidade do contrato de emprego firmado.

No que tange ao princípio da livre iniciativa, contemplado pelo artigo 170 da Constituição da República, deve-se atentar que ele, assim como todos os demais princípios positivados pelo Texto Constitucional, não encerra um valor absoluto. Assim, no caso concreto, aplicando-se o princípio da ponderação de interesses constitucionais, devem prevalecer os princípios constitucionais que dão maior concretude aos direitos do trabalhador, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CR) e o princípio da valorização do trabalho (artigos 1º, IV, 170 e 193 da Constituição).

Declaro, pois, a existência de vínculo de emprego diretamente entre a reclamante e o Banco Bradesco S.A., uma vez que o conglomerado bancário que compõe o polo passivo desta ação é por ele capitaneado, devendo os autos retornar à origem para julgamento do restante dos pedidos, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, sendo inaplicável, aqui, o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 1.013 do CPC.

Com efeito, tendo em vista a complexidade e extensão da matéria de fato alusiva a praticamente todos os pedidos formulados na inicial, bem assim que tais pedidos e matérias, de fato e de direito, não foram decididos em primeiro grau de jurisdição, não se verifica nenhuma das hipóteses previstas no § 3º do artigo 1.013 do CPC c/c artigo 769 da CLT, que abriga a denominada teoria da causa madura.

Tal teoria tem plena compatibilidade com o Processo do Trabalho, mas somente tem incidência em situações pontuais, esporádicas e colaterais, isto é, tem pertinência apenas nas hipóteses restritas ao rol taxativo do precitado dispositivo legal do CPC, não se constituindo em regra, mas em exceção.

Nessa ordem de ideias, em não se tratando de hipótese a excepcionar o princípio do discurso e a norma fundamental de um processo efetivamente dialógico, determina-se o retorno dos autos à instância de origem, para o julgamento do mérito das demais questões, à luz do vínculo de emprego ora reconhecido.

Ressalto, ainda, que a matéria em discussão nesta ação é anterior à vigência das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, pois a relação de emprego teve vigência de 24.11.2014 a 25.11.2015, não se aplicando tais normas ao caso em exame.

Prejudicada a análise das demais matérias constantes do apelo.

CONCLUSÃO

Em síntese conheço do recurso ordinário interposto pela reclamante e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para reconhecer a existência de vínculo empregatício diretamente com o Banco Bradesco S.A., por todo o contrato de trabalho, e determino o retorno dos autos à instância de origem para o julgamento do mérito das demais questões, à luz do vínculo ora reconhecido. Prejudicada a análise das demais matérias constantes do recurso ordinário interposto pela reclamante.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Primeira Turma, hoje realizada, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pela reclamante; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento parcial para reconhecer a existência de vínculo empregatício diretamente com o Banco Bradesco S.A., por todo o contrato de trabalho, e determinou o retorno dos autos à instância de origem para o julgamento do mérito das demais questões, à luz do vínculo ora reconhecido. Prejudicada a análise das demais matérias constantes do recurso ordinário interposto pela reclamante.

Tomaram parte no julgamento os Ex.^{mos}: Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior (Relator), Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto (Presidente) e Juíza Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro.

Ausente, em virtude de férias regimentais, o Ex.^{mo} Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, sendo convocada para substituí-lo a Ex.^{ma} Juíza Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro.

Presente ao julgamento, o il. representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Sebastião Vieira Caixeta.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2018.

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR
Desembargador Relator

ACÓRDÃOS SOBRE ASSUNTOS DIVERSOS

TRT-0010337-32.2018.5.03.0059 (RO)

Publ. no “DE” de 29.06.2018

RECORRENTE: GUSTAVO SOUZA SEVERO

RECORRIDO: DIÁRIO DO RIO DOCE LTDA. - EPP

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA LAURA FRANCO LIMA DE FARIA

EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL - EFEITOS LIBERATÓRIOS. Os efeitos liberatórios do acordo extrajudicial submetido à homologação judicial (art. 855-B e seguintes da CLT) devem restringir-se tão somente às parcelas discriminadas na petição de acordo, sob pena de se permitir renúncia antecipada a direitos dos quais o empregado sequer tinha conhecimento à época da transação.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Governador Valadares, em que figuram: como recorrente, GUSTAVO SOUZA SEVERO; e, como recorrido, DIÁRIO DO RIO DOCE LTDA. - EPP.

O d. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Governador Valadares, pela r. sentença de id. 33b2604, cujo relatório adoto e a este incorporo, considerando a inadequação da via eleita (incisos I e VI do art. 485 do CPC), extinguiu o processo sem resolução de mérito e deixou de homologar o pedido de transação extrajudicial, por descumprimento dos arts. 9º, 855-B e 487-B, da CLT, incisos III, IV e VI do art. 166 e art. 421 do Código Civil, combinado com inciso III do art. 7º da Constituição da República e art. 2º da Lei n. 8.036/1990.

O DIÁRIO DO RIO DOCE LTDA. - EPP, empregador, opôs embargos de declaração (id. f7bb09b), os quais foram julgados parcialmente procedentes para corrigir erro material apontado e para incluir na fundamentação da sentença o indeferimento dos benefícios da Justiça Gratuita à empresa (decisão de id. f8e493f).

GUSTAVO SOUZA SEVERO, empregado, interpôs recurso ordinário (id. 77f1ee5), versando sobre a homologação do acordo extrajudicial celebrado entre as partes.

Contrarrazões do recorrido (id. 1c1a4e1).

Tudo visto e examinado.

FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Conheço do recurso interposto, porquanto atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

Conheço também das contrarrazões, regularmente processadas.

MÉRITO

Homologação de acordo extrajudicial

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, em que o interessado GUSTAVO SOUZA SEVERO pretende a reforma da sentença, que deixou de homologar o acordo extrajudicial entabulado entre ele e o empregador DIÁRIO DO RIO DOCE LTDA.

Afirma que “[...] aderiu em número, gênero e grau [...]” aos termos do acordo apresentado sob id. 90ce7e3. Diz que concorda em receber a quantia de R\$ 19.000,00, dando integral quitação das verbas trabalhistas devidas, considerando extinto o contrato de trabalho havido entre as partes. Acrescenta que a primeira parcela do acordo, no valor de R\$ 5.066,74, já foi, inclusive, quitada pela empresa. Sustenta que não houve nenhuma espécie de conluio fraudulento no presente caso, e que o acordo reflete o desejo das partes.

Nesse mesmo sentido foram as alegações do requerente DIÁRIO DO RIO DOCE LTDA., em contrarrazões. Afirma que está enfrentando grave crise econômico-financeira e encontra dificuldades para quitar as verbas rescisórias, razão pela qual optou por “[...] manejar um acordo com o recorrente, para que então fosse possível pagar ao empregado o que lhe era devido.” Alega que nunca houve tentativa de fraude, e que as parcelas pactuadas já vêm sendo quitadas pela empresa, o que, inclusive, foi confirmado pelo empregado no recurso ordinário. Entende não haver nenhum óbice à homologação do acordo firmado entre as partes.

Ao exame.

Trata-se a presente demanda de ação homologatória de acordo extrajudicial, que encontra previsão no capítulo III-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), *in verbis*:

CAPÍTULO III-A

DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Conforme se verifica, com o advento da Reforma Trabalhista, passou-se a admitir que empregado e empregador celebrem acordo extrajudicial, versando sobre verbas trabalhistas, o qual é submetido ao crivo do MM. Juiz do Trabalho.

Ajuizado o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial, cabe ao Julgador verificar o preenchimento dos requisitos formais previstos no art. 855-B da CLT, bem como analisar os termos da avença, devendo se certificar de que o acordo não seja lesivo ao trabalhador, e que não haja indícios de fraude.

A homologação do acordo, portanto, não é um dever do Magistrado, mas, sim, uma faculdade. Nesse sentido, a Súmula n. 418 do TST, aplicável analogicamente ao presente caso:

MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017.

A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Na presente hipótese, a petição de acordo (id. 90ce7e3) foi juntada aos autos eletrônicos pelo empregador, tendo o empregado

apresentado procuração, declaração de hipossuficiência e cópia da CNH (id. 38dcee7 e seguintes).

Ainda que a petição de acordo indique o nome do advogado do empregador, verifica-se que este não apresentou procuração, não atendendo ao disposto no art. 855-B, que exige que as partes devem estar representadas, obrigatoriamente, por advogados distintos.

E a representação por advogado, como é cediço, somente é comprovada por meio do instrumento de mandato.

Desse modo, o não preenchimento de um dos pressupostos formais do procedimento de jurisdição voluntária, por si só, já impede a homologação do acordo.

Não bastasse, verifica-se que as partes pactuaram a quitação ampla e irrestrita das verbas decorrentes do contrato de trabalho. Veja-se:

[...] Esse acordo então põe fim a todos e quaisquer direitos indenizatórios ou salariais do empregado, passando a ser considerado extinto o contrato de trabalho da mesma, nada podendo ela, a qualquer título que seja, reclamar, nessa justiça especializada, direitos oriundos do citado vínculo.

No entanto, não se pode admitir que o empregado, por meio do acordo extrajudicial, confira ao empregador total quitação de seus direitos trabalhistas.

Muito embora o empregado, através de seu advogado, manifeste sua concordância com os termos do pactuado, a hipótese configura renúncia antecipada de direitos que sequer foram discriminados.

Ao homologar um acordo com essas condições, estar-se-ia afastando do trabalhador o direito de pleitear direitos dos quais não tinha conhecimento e que se evidenciassem ou viessem a se manifestar após a ruptura contratual.

Por isso, os efeitos liberatórios do acordo devem restringir-se tão somente às parcelas discriminadas pelas partes.

Esta, inclusive, é a interpretação que se extrai do próprio texto da lei, especificamente do artigo 855-E e parágrafo único da CLT, que preveem a suspensão do prazo prescricional apenas quanto aos direitos especificados na petição do acordo, de modo que o prazo prescricional de outros direitos eventualmente existentes continua a fluir normalmente.

Importa, ainda, considerar as demais motivações expendidas pelo d. Juízo *a quo* acerca da impossibilidade de homologação do acordo:

[...]

O pedido de homologação, apresentado pelas partes, deve ser rejeitado de plano, por ferir questões de legalidade, além de infringir elementos voltados a um juízo de conveniência e oportunidade.

Na ação proposta pelo autor, Diário do Rio Doce, a petição inicial não foi assinada pelo réu, embora conste nos autos procuração outorgada a patrono distinto do autor.

Como se não bastasse a falta de regularidade procedimental, verifico que o âmbito temporal do parcelamento pretendido colide com a natureza alimentar e privilegiada do salário e verbas rescisórias (arts. 7º, IV, e 100, § 1º, da Constituição da República), ao pretenderem homologação de transação, versando sobre a quitação em 12 vezes de parcelas rescisórias.

Cumpra pontuar que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, à luz do disposto no art. 723 CPC, aplicável ao processo do trabalho por força do parágrafo único do art. 723 CPC, “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente e oportuna.”

Sabe-se que a homologação de acordo constitui mera faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo das partes quanto a tal finalidade (Súmula 418 TST).

Nesta toada, pela narrativa das partes, a empregadora reconhece que:

“[...] é devedora do empregado a título de indenização pelo FGTS não recolhido por todo o ano de 2014, 2015, 2016 e 2017, além da multa indenizatória de 40% do saldo;” (f. 3, ID. 90Ce7e3 - P. 2).

A premissa apontada fere o preceito insculpido nos arts. 7º, III, CF e 2º da Lei n. 8.036/90, ao infringir a natureza híbrida, multidimensional, do FGTS, tratando-se não apenas de direito individual, garantido na relação concreta, mas também de pretensão com finalidade social, voltada à política de habitação popular (art. 5º da Lei n. 8.036/90). A falta de cumprimento da obrigação legal (recolhimentos fundiários) é um elemento a impedir a homologação da transação, à medida que sequer a empregadora traz a lume a comprovação dos devidos recolhimentos a incidir na relação em comento.

Observe-se, por elucidativo, que as diretrizes do Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Cejusc) do TRT da 2ª Região estabelece, ao empregador, o dever de entrega dos formulários rescisórios, afastando a expedição de alvará para tal finalidade, com fito de verificar o cumprimento dos deveres legais, sob pena de estimular a fraude.

Acresça-se que a empregadora reconhece o não cumprimento do acerto rescisório, no tempo combinado, fazendo por incidir a hipótese da multa do § 8º do art. 477 da CLT.

Impende pontuar, com base no estabelecido no art. 855-C da CLT, que a previsão do acordo extrajudicial não prejudica, nem tampouco afasta, a observância de incidência do prazo estabelecido no § 6º do art. 477 CLT, quanto ao pagamento pontual dos haveres.

Neste sentido, o acordo pretendido colide com a forma adequada, prevista em lei, além de transgredir imprescindíveis elementos materiais, atraindo a nulidade estatuída no art. 166, II, do Código Civil.

[...]. (id. 33B2604).

Ante todo o exposto, deve ser mantida a sentença que deixou de homologar o acordo extrajudicial entabulado entre as partes e extinguiu o feito sem resolução de mérito.

ISTO POSTO, nego provimento ao recurso interposto por GUSTAVO SOUZA SEVERO.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Décima Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, por unanimidade, conheceu do recurso interposto; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Tomaram parte no julgamento, as Ex.^{mas}: Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria (Relatora), Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima e Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires (Presidente).

Presente ao julgamento a il. representante do Ministério Público do Trabalho: Dr^a Maria Amélia Bracks Duarte.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018.

MARIA LAURA FRANCO LIMA DE FARIA
Relatora

TRT-0010518-96.2018.5.03.0038-RO

Publ. no "DE" de 13.08.2018

RECORRENTES: CARLOS ALBERTO DE SOUZA JÚNIOR, CAMPOS & LOUREIRO - SOCIEDADE COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

RELATOR: VITOR SALINO DE MOURA EÇA

EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL - INTERESSE JURÍDICO - PROVIMENTO EM SEGUNDO GRAU. Apesar de ser expressão de direito social, inclusive constitucionalizada, a matéria veiculada na Justiça do Trabalho é, essencialmente, de direito privado. E nesse espaço é dada às partes a pactuação direta

de seus interesses, com o referendo estatal, donde emerge o interesse processual, lembrando que a prevenção de litígios é dos principais escopos do Poder Judiciário. Assim, sendo as partes capazes e lícito o objeto da avença, cabe ao magistrado a homologação do termo extrajudicial de conciliação. E, não o fazendo, considerando o efeito em profundidade dos recursos e que a matéria não desafia cognição, por extensão da teoria da causa madura, pode a instância revisora dar provimento ao recurso e, ato contínuo, homologar o pactuado sem qualquer risco de supressão de instância.

Vistos etc.

RELATÓRIO

O MM. Juiz Léverson Bastos Dutra, da 4ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, pela v. sentença de Id n. 3317f8a, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, conforme inciso IV do art. 485 do CPC.

Recurso ordinário interposto em peça conjunta pelos interessados no Id n. b9654ce, por meio do qual requerem a reforma do julgado no aspecto, para que o acordo extrajudicial seja homologado.

Custas processuais conforme Id n. 99e6ec8.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto no art. 82 do Regimento Interno deste Regional e art. 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Conheço do recurso ordinário interposto pelos interessados, em peça conjunta, porquanto preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

Juízo de mérito

Cuida-se de recurso ordinário interposto pelos interessados, conjuntamente, à decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, sob o Id n. 3317f8a, nos autos deste processo de homologação de acordo extrajudicial, conforme previsto no art. 855-B da CLT.

Os recorrentes, em suas razões de recurso (Id n. b9654ce), manifestam a indignação com a decisão que deixou de homologar o acordo extrajudicial em questão, extinguindo o feito sem resolução de mérito. Requerem a reforma do julgado e a consequente homologação do ajuste, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Examino.

A CLT, em suas recentes modificações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, tratou da possibilidade de homologação de acordo extrajudicial pelas Varas do Trabalho, assim dispondo, *verbis*:

Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

[...]

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º. As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º. Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Nesse quadro, com o advento da Lei n. 13.467/2017, que introduziu o art. 855-B na CLT, não se pode mais negar a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial na Justiça

do Trabalho, conferindo força de sentença e segurança jurídica à transação levada a efeito.

A lei tem o nítido propósito de prevenir litígios decorrentes da relação de trabalho mantida, para as hipóteses de os interessados livremente se manifestarem pela transação extrajudicial, em petição de acordo, estando, pois, os novos dispositivos da lei consolidada em plena consonância com a competência da Justiça do Trabalho estabelecida no art. 114 da Constituição da República.

Ressalto que o tema não é novo na seara trabalhista, uma vez que, há muito, vem sendo decidido no sentido de que o acordo entre o trabalhador e o patrão pode alcançar não só o objeto do processo, como também parcelas não postuladas, conforme a OJ 132 da SDI-2 do TST, *in verbis*:

OJ-SDI2-132 AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. ALCANCE. OFENSA À COISA JULGADA (DJ 04.05.2004) Acordo celebrado - homologado judicialmente - em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista.

E ainda que se trate de acordo extrajudicial, os interessados que buscam a sua ratificação na presença do juiz são capazes, estando assistidos por advogados próprios (ID. a8744b0 e 0923a31), conforme exigido no art. 855-B da CLT.

Assim, com base no fundamento de que é necessário o contencioso judicial, sob pena de o Poder Judiciário se tornar um ente homologador de acordo, *data venia*, não há como trilhar no mesmo raciocínio do d. Juiz de Primeiro Grau. Afinal, no procedimento de jurisdição voluntária, o juiz intervém para conferir eficácia ao negócio jurídico, atuando na tutela de interesses privados.

Diante disso, afasto a decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito e, considerando o pedido recursal para que a homologação do acordo seja procedida pela instância *ad quem* e

diante do efeito devolutivo em profundidade dos recursos, passo à sua apreciação, lembrando que acordo tem extensão da quitação de forma ampla, isto é, para quaisquer pretensões passadas e futuras, decorrendo da própria natureza de transação preventiva de litígios.

Na avença não pode ter indícios de irregularidade, sob pena de se negar a aprovação do ajuste, sobretudo se estiver impondo prejuízo a terceiros.

E, no caso, atendo-se aos termos do acordo (vide petição inicial), consta do item 10 (p. 2) que:

As verbas rescisórias, conforme consta do TRTC, a multa rescisória do FGTS e benefícios em atraso de Vale-Transporte e Cesta Básica serão pagos com a homologação do presente acordo e da forma estabelecida abaixo.

Nada obstante, no item 3 de p. 3 da avença, de forma contraditória, os interessados declaram “[...] a natureza indenizatória do acordo (danos morais), mas sem limitar a quitação a quaisquer outras verbas do extinto contrato de trabalho.”

Observa-se, a toda evidência, que o acordo extrajudicial tem por intuito o pagamento de verbas rescisórias previstas no TRCT e benefícios como o vale-transporte e cesta básica, razão pela qual não pode prevalecer a declaração das partes de que se refere a pagamento de indenização por danos morais, porquanto não se ajusta à realidade processual.

Assim sendo, a conclusão à qual se chega é que o acordo, na parte em questão, procura evitar a incidência de contribuição previdenciária, havendo a nítida tentativa de elisão fiscal, situação que não se concebe, uma vez que fere direito de terceiro, no caso, a Previdência Social.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para afastar a decisão que extinguiu o processo e homologar o acordo nos termos nele ajustados, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, de modo que a avença “[...] extingue e quita toda e qualquer situação relativa à extinta relação contratual trabalhista havida entre as

partes e fatos relacionados”, exceto quanto às parcelas que compõem o ajuste, em relação às quais declaro que a totalidade do acordo refere-se a verbas de natureza salarial, sobre as quais incide a contribuição previdenciária.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário interposto pelos interessados; no mérito, dou-lhe provimento para afastar a decisão que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, e homologar o acordo nos termos nele ajustados, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, de modo que a avença “[...] extingue e quita toda e qualquer situação relativa à extinta relação contratual trabalhista havida entre as partes e fatos relacionados”, exceto quanto às parcelas que compõem o ajuste, em relação às quais declaro que a totalidade do acordo refere-se a verbas de natureza salarial, incidindo sobre o mesmo a contribuição previdenciária devida.

Custas, pela reclamada, já quitadas.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Décima Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, por unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pelos interessados; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento para afastar a decisão que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, e homologar o acordo nos termos nele ajustados, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, de modo que a avença “[...] extingue e quita toda e qualquer situação relativa à extinta relação contratual trabalhista havida entre as partes e fatos relacionados”, exceto quanto às parcelas que compõem o ajuste, em relação às quais declaro que a totalidade do acordo refere-se a verbas de natureza salarial, incidindo sobre o mesmo a contribuição previdenciária devida. Custas, pela reclamada, já quitadas.

Tomaram parte no julgamento os(as) Ex.^{mos(as)}: Juiz Convocado Vitor Salino de Moura Eça (Relator, substituindo a Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima, por motivo de férias regimentais), Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires (Presidente) e Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires.

Presente ao julgamento a il. representante do Ministério Público do Trabalho: Dr^a Júnia Castelar Savaget.

Belo Horizonte, 07 de agosto de 2018.

VITOR SALINO DE MOURA EÇA
Relator

TRT-00001526-45.2014.5.03.0020-AP

Publ. no "DE" de 16.11.2018

AGRAVANTE: BRUNO MEIRELLES REIS DE ATAYDE
AGRAVADOS: COLISEUM COMÉRCIO IMPORTAÇÃO LTDA. - EPP,
MÓVEIS BRASIL EIRELI - EPP, VANESSA TRINDADE DE
PAIVA, MARCO ANTÔNIO DE SOUSA (ESPÓLIO DE)

RELATORA: DESEMBARGADORA TAISA MARIA MACENA DE LIMA

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DE BEM ESPECÍFICO DO ESPÓLIO. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE PROCESSO DE INVENTÁRIO. No curso do inventário, os bens que integram o patrimônio deixado pelo falecido configuram um todo unitário (universalidade de bens), indivisível até a partilha, razão pela qual é incabível a constrição patrimonial de bem específico, devendo a penhora ser efetuada no rosto dos autos do inventário.

Vistos etc.

RELATÓRIO

A MM. Juíza Anaximandra Katia Abreu, da 20ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela decisão de ID 6bc9427, indeferiu o pedido de penhora do imóvel deixado pelo falecido executado Marco Antônio de Sousa, determinando a suspensão do feito por 180 dias, ou até que sobrevenham informações acerca do crédito do exequente.

Agravo de petição do exequente à ID 4e5f38b. Requereu, em suma, seja determinado o prosseguimento da execução, com a penhora do imóvel por ele indicado.

Contraminuta do espólio de Marco Antônio de Souza à ID 1a35b05.

Dispensada a manifestação do d. MPT, a teor do artigo 82 do Regimento Interno deste Egrégio TRT da 3ª Região.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço do agravo de petição interposto pelo exequente, pois cumpre os pressupostos de admissibilidade.

JUÍZO DE MÉRITO

Suspensão da execução - Penhora no rosto dos autos em processo de inventário

O agravante aduz que o sócio da primeira executada faleceu em 23.03.2014, ao passo que a ação de inventário somente foi distribuída em fevereiro/2016. Alega que a decisão agravada, que indefere o pedido de penhora do imóvel deixado pelo falecido executado Marco Antônio de Sousa, impede-lhe de receber seus créditos de natureza alimentar. Sustenta que o inventário versa exclusivamente sobre um bem imóvel. Afirmar ser possível o prosseguimento do feito, com a penhora do imóvel do falecido sócio.

Examino.

No curso do inventário, os bens que integram o patrimônio do falecido configuram um todo unitário (universalidade de bens), indivisível até a partilha, cabendo aos herdeiros apenas uma fração ideal dos bens inventariados. Tal raciocínio se aplica também às hipóteses em que o espólio é composto de um único bem, conforme notícia o agravante, afigurando os credores, nessa hipótese, como condôminos em relação ao bem inventariado.

Nesse sentido, dispõe o Código Civil:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

No caso em exame, ao se ter em vista que não há notícias acerca da partilha nos autos do inventário de Marco Antônio Souza, não é cabível a penhora de bem específico deixado pelo *de cujus*, como quer o agravante, haja vista que o § 1º do art. 1.997 do Código Civil assegura, tão somente, o direito à reserva de créditos suficientes para a quitação da dívida deixada pelo *de cujus*:

Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. § 1º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução.

Oportuno, acerca do tema, trazer à baila as lições do Desembargador Francisco Antônio de Oliveira:

Estando em andamento a partilha (inventário ou arrolamento), a execução proceder-se-á através de penhora no rosto dos autos no processo por onde tem trâmite o inventário ou o arrolamento, com ciência do inventariante (citação). Em se tratando de inventariante dativo, citar-se-á cada um dos herdeiros (art. 12, § 2º, do CPC). Antes de partilhados os bens, em havendo execução aparelhada, citado o inventariante através do juízo por onde corre o inventário, o juiz inventariante determinará a reserva de bens (art. 1.796, § 1º, do CPC), tantos quantos bastem ao pagamento do débito (penhora no rosto dos autos). Pagas as dívidas, será partilhado o que restar. (*in A Execução na Justiça do Trabalho*. Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed. São Paulo, 1999. p. 128.)

No caso em exame, o documento de ID. 68056bc - P. 13 noticia que o executado Marco Antônio de Sousa faleceu em 23.03.14, antes, pois, de qualquer tentativa de constrição patrimonial do imóvel a que o agravante faz alusão. Por conseguinte, agiu com acerto o Juízo de origem, ao determinar a penhora no rosto dos autos do processo de inventário, bem como a suspensão da execução pelo prazo assinalado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do e. TRT da 4ª Região:

BENS A INVENTARIAR. Impende liberar a penhora efetuada na origem, uma vez que a constrição não pode incidir sobre bens a inventariar. A transferência da propriedade de imóveis aos herdeiros ocorre automaticamente após a morte do proprietário, de forma que a penhora deve ser procedida no rosto dos autos do inventário, ou, no caso de este procedimento não estar aberto, mediante a iniciativa do próprio credor no sentido de providenciar na abertura do inventário. (TRT 4ª R. Processo (AP) n. 60010200225104001, Relatora Dionéia Amaral Silveira. Data: 11.10.2005.)

PENHORA DO CRÉDITO NO ROSTO DOS AUTOS DO INVENTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO POR BLOQUEIO *ON LINE* DE ALUGUÉIS DEPOSITADOS EM CONTA CORRENTE DO DE CUJOS. IMPOSSIBILIDADE. Aberta a sucessão, os bens e direitos do

falecido passam a compor o monte hereditário, uno e indivisível até que se proceda à partilha. Antes dela, portanto, a satisfação das dívidas deixadas pelo de cujos não pode ser feita diretamente aos credores. O artigo 1.997, § 1º, do Código Civil, prevê, apenas, o direito deles à reserva de bens do espólio para garantir o pagamento oportuno da dívida deixada pelo falecido, mas tal medida em nada afeta a indisponibilidade do espólio até o momento da partilha, pois não lhes assegura pagamento antecipado. Correta a decisão recorrida, portanto, ao determinar a penhora do crédito no rosto dos autos do inventário do espólio, deixando de acolher o pedido do exequente para bloqueio *on line* do numerário eventualmente existente na conta-corrente do falecido. Provimento negado. (TRT 4ª R. Processo (AP) n. 00231003420035040004. Relator Fabiano de Castilhos Bertolucci. Data: 27.03.2008.)

Nenhum reparo merece, pois, a r. decisão agravada, no aspecto.

Desprovejo.

CONCLUSÃO

Conheço do agravo de petição interposto pelo exequente, e, no mérito, nego-lhe provimento.

Custas pelos executados, no importe de R\$ 44,26 (CLT, artigo 789-A, IV), isentos na forma do inciso IV do art. 7º da IN GP/CR/VCR n. 01/2002 deste TRT (3ª Região).

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Décima Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, por unanimidade, conheceu do agravo de petição interposto pelo exequente, no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento. Custas pelos executados, no importe de R\$ 44,26 (CLT, artigo 789-A, IV), isentos na forma do inciso IV art. 7º da IN GP/CR/VCR n. 01/2002 deste TRT (3ª Região).

Tomaram parte no julgamento as Ex^{mas}: Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima (Relatora - Presidente, em exercício), Juíza Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim (substituindo a Ex^{ma} Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires) e Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini.

Presente ao julgamento a il. representante do Ministério Público do Trabalho: Dr^a Júnia Castelar Savaget.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2018.

TAISA MARIA MACENA DE LIMA
Relatora

SENTENÇAS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. RTORD 0010754-37.2015.5.03.0108

Data: 06.11.2017

DECISÃO DA 29ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juiz Titular: ANDRÉ FIGUEIREDO DUTRA

AUTOR: SAMARCO MINERAÇÃO S.A.

RÉU: UNIÃO FEDERAL (AGU)

1. RELATÓRIO

SAMARCO MINERAÇÃO S.A., devidamente qualificada, ajuizou ação anulatória de auto de infração contra UNIÃO FEDERAL, aduzindo, em apertada síntese, que: no dia 12.08.2011 foi autuada pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego sob a alegação de ter admitido ou mantido centenas de empregados sem o respectivo registro, o que gerou a lavratura do auto de infração de f. 54; o órgão fiscalizador não tem competência constitucional para declarar a ilicitude dos contratos de prestação de serviços celebrados pela autora e jamais poderia decidir pela existência ou não de terceirização ilegal; houve incorreta indicação, no auto, do número de trabalhadores em situação considerada irregular; a terceirização dos serviços de manutenção não é ilícita, vez que eles não se inserem na atividade-fim da empresa e também não há, quanto aos empregados da prestadora de serviços, pessoalidade e subordinação; o auto de infração viola inúmeros princípios e dispositivos legais e constitucionais. Nesses termos, protestou pela declaração da nulidade do auto de infração, atribuiu à causa o

valor de R\$ 100.000,00 e juntou documentos e procuração.

A ré apresentou defesa escrita (f. 381/400), sem documentos, sobre a qual se manifestou a empresa-autora.

Na audiência em prosseguimento, inquiriu-se uma testemunha a rogo da autora e, sem outras provas, encerrou-se a instrução processual (f. 439/440).

Razões finais orais remissivas.

Infrutíferas as tentativas de conciliação.

É o relatório, no que há de essencial.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A empresa-autora, atuada pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego em razão de, supostamente, ter admitido e mantido 470 empregados sem o devido registro (vide documento de f. 54), pleiteia a nulidade desse auto de infração pelos fundamentos já expostos no relatório.

Sem-razão, no entanto.

Inicialmente, afasta-se de plano a alegação de que o Ministério do Trabalho e Emprego tenha usurpado a sua competência funcional.

Isso porque o Auditor-Fiscal do Trabalho, no exercício das atribuições previstas nos artigos 626 e 628 da CLT, tem o dever-poder de, quando concluir pela existência de violação de preceito legal, efetuar a lavratura do auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa.

Sendo assim, a constatação, pelo Auditor-Fiscal, de ilicitude na terceirização levada a efeito pela empresa-autora encontra amparo legal e não invade a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114 da Constituição Federal.

Vale dizer, o juízo de valor firmado pelo AFT goza de presunção de legitimidade e de veracidade e - como se sabe - não é definitivo e poderá ser contestado, administrativa ou judicialmente.

Na espécie, porém, o conjunto probatório não permite dar razão à autora, senão vejamos:

Nos termos do item I da Súmula 331 do TST, “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.” O item III da mesma Súmula estabelece que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, “[...] bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

In casu, extrai-se do relatório fiscal de f. 55/68 que a autora terceirizou serviços à empresa Manserv Montagem de Manutenção S/A na área de manutenção, dividida da seguinte forma: manutenção mecânica britagem 01 e 02; manutenção mecânica barragem e solda usinagem; manutenção turno usina 01 e 02; manutenção iluminação/montagem; manutenção elétrica usina 02; manutenção mecânica industrial usina 01; manutenção elétrica industrial usina 01 (f. 62, item 4).

Também foi relatado:

A Samarco possui uma Gerência de Manutenção e, dentro dela, Departamento de Manutenção de cada um dos setores da planta empresarial. Para tanto contratou empregados para as tarefas de chefiar, projetar, coordenar e executar tais serviços, possuindo também trabalhadores braçais para realização das tarefas.

[...] todo o gerenciamento e planejamento da manutenção elétrica e mecânica da planta empresarial é feito pela própria Samarco, que é a detentora de todo o *know how* da atividade desempenhada.

A Manserv foi contratada apenas para fornecimento de mão de obra complementar ao serviço já prestado pela Samarco, não sendo a detentora da atividade terceirizada e funcionando como mera interposta na contratação dos empregados. A atividade é assumida integralmente pela tomadora, não só na parte de gerenciamento e planejamento, como também com empregados próprios nas atividades diretas de execução dos serviços. (f. 62/64)

As informações acima transcritas, feitas pelo Auditor-Fiscal

do Trabalho, foram em parte corroboradas pela testemunha inquirida a rogo da própria autora:

[...] trabalha para a autora desde 1978, sendo que há vinte anos atua como engenheiro; ocupa o cargo de analista de manutenção e, como tal, faz manutenções preventivas e corretivas no sistema elétrico do sistema na empresa; na gerência a que pertence, atuam três analistas de manutenção, todos engenheiros de formação e empregados da Samarco; ao todo, há na empresa cerca de 15 analistas de manutenção elétrica e mecânica; a empresa Manserv presta serviços à autora há cerca de 08 anos, na área de manutenção eletromecânica; [...]; a demanda para atuação da Manserv surge com base em planejamento anual feito pela Samarco; concluído o planejamento, os gestores da Manserv o recebem e discutem a execução dos serviços; as tarefas são distribuídas pela Manserv; alguns indicadores de segurança e de resultado, no tocante aos serviços executados pela Manserv, são monitorados pela autora; [...]; as demandas de manutenção para execução pela Manserv são frequentes [...]. (f. 439/440) (grifou-se)

A autora também não se insurge contra o seguinte trecho do relatório fiscal:

Os profissionais envolvidos nestas atividades deverão ter formação mínima Senai, ou outra entidade reconhecida. E deverão ser aprovados em prova interna da Samarco, elaborada pela Eng.^ª de Manutenção para comprovar a capacidade técnica quanto aos aspectos de qualidade e segurança do contratado. (f. 67)

Isso vem demonstrar de forma clara a ingerência da empresa-autora até mesmo na seleção dos empregados da Manserv, o que é sintomático e, também por esse ângulo, derruba o argumento empresarial a respeito da falta de subordinação e pessoalidade.

O fato de a Manserv, através de seus “líderes”, coordenar de forma direta - técnica e administrativamente - os trabalhos desempenhados por seus próprios empregados, segundo informado

pela testemunha, não é de todo relevante, pois ficou demonstrado que, indiretamente e na gestão primária de todo o serviço, estão os gerentes, coordenadores e chefes de manutenção da própria Samarco.

Aliás, a autora também não nega que, além dos ocupantes de cargo de destaque na hierarquia empresarial, conta ainda com empregados próprios nas atividades diretas na execução dos serviços de manutenção (“braçais”).

Tal circunstância, por si só, enfraquece a tese empresarial de que os serviços prestados pela Manserv são apenas periféricos ou acessórios. E não é bem assim mesmo, dado que a Samarco, segundo a testemunha, “[...] tem como atividade principal o beneficiamento de minério de ferro, que é feito em Mariana e transportado através de mineroduto até o Espírito Santo.” (f. 440)

Já manutenção elétrica, mecânica, de montagem e de barragem, feita em caráter permanente pelos gestores, coordenadores, chefes e “braçais” (empregados da autora) e também por empregados da Manserv, está inserida na atividade essencial/nuclear da Samarco e sem a qual a mineração e o transporte do produto tornam-se impossíveis.

Nessa medida, a terceirização não pode ser considerada lícita.

Insta salientar que a autora apresenta, com a inicial, cópia da sentença relativa ao processo 02675-2013-069-03-00-0, na qual foi também decidido:

[...] existe um contrato de prestação de serviços de manutenção industrial entre as reclamadas, e o autor foi contratado pela primeira reclamada para prestar serviços em favor da segunda ré. O serviço realizado pelo autor, embora especializado (eletricista de manutenção), era essencial à atividade das rés, que dele necessitavam em caráter permanente, ainda que de forma intermitente. Aplica-se ao presente caso o disposto na Súmula 331, item IV, do TST, não sendo o caso de aplicação da OJ 191 da SDI-1 do TST, por se tratar de contratação de serviços permanentes, ainda que especializados, vinculados à atividade permanente da empresa. (f. 347) (grifou-se)

Há mais.

A comparação entre os salários dos empregados da Samarco e os da Manserv, ocupantes de cargos idênticos ou similares, conforme quadro de f. 65 (não impugnado), prova à saciedade que a terceirização em tela precarizou o patrimônio jurídico dos empregados da empresa contratada, deixando-os em patamar inferior aos trabalhadores da autora-contratante.

Os demais fundamentos apresentados pela empresa-autora esbarram no art. 9º da CLT, segundo o qual “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

No tocante ao número de trabalhadores em situação considerada irregular, o auto de infração é claro: 470 (f. 54), exatamente conforme registrado na planilha de f. 69/76, não havendo nenhuma incorreção nesse aspecto.

A par de tudo isso, o multicitado auto de infração, bem analisado todo o conjunto de provas, não viola nenhum dos inúmeros princípios e dispositivos legais e constitucionais invocados pela autora, cumprindo ser destacado que a Lei n. 13.429/2017, em vigor desde 31.03.2017, não regula situações pretéritas.

Nessas circunstâncias, declara-se subsistente o auto de infração de f. 54, julga-se improcedente a demanda e condena-se a autora ao pagamento de honorários advocatícios em prol da União, no importe de 15% sobre o valor da causa, com juros e correção monetária a partir do ajuizamento do feito (Instrução Normativa 27/2005 do Eg. TST).

3. CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, na ação anulatória de auto de infração proposta por SAMARCO MINERAÇÃO S.A. contra UNIÃO FEDERAL, julga-se IMPROCEDENTE a demanda.

A autora deverá pagar honorários advocatícios em prol da União, no importe de 15% sobre o valor da causa, com juros e correção monetária a partir do ajuizamento do feito (Instrução Normativa 27/2005 do Eg. TST).

Atentem as partes para a previsão contida nos artigos 80, 81 e 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas ou a própria decisão ou, simplesmente, contestar o que foi decidido.

Custas, pela empresa-autora, no importe de R\$ 2.000,00, calculadas sobre R\$ 100.000,00, valor atribuído à causa.

A indicação dos números das páginas feita ao longo desta decisão segue a numeração do processo em PDF.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. RTOrd 0011024-55.2017.5.03.0055

Data: 04.09.2018

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - MG

Juiz Substituto: EDNALDO DA SILVA LIMA

AUTOR: CSN MINERAÇÃO S.A.

RÉU: UNIÃO FEDERAL (AGU)

Aos 31 dias do mês de agosto do ano de 2018, na sala de audiências da Vara do Trabalho de Conselheiro Lafaiete/MG, por ordem do MM. Juiz do Trabalho Substituto EDNALDO DA SILVA LIMA, foram apregoados os litigantes CSN MINERAÇÃO S.A. e UNIÃO FEDERAL (AGU).

Ausentes as partes.

Prejudicada a conciliação, passo ao julgamento e profiro a seguinte:

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

CSN MINERAÇÃO S.A. ajuizou ação anulatória de ato administrativo no dia 10.07.2017 em face da UNIÃO FEDERAL, todos devidamente qualificados nos autos, aduzindo, em síntese, que foi

autuada por fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, que imputou multa administrativa conforme auto de infração de número 024500348, decorrente de irregularidades que aponta na inicial.

Postulou a suspensão da exigibilidade da multa aplicada, o que lhe foi deferido, liminarmente, pela decisão proferida em 13.07.2017 (f. 406/407).

Devidamente citada, a União ofertou defesa escrita, na qual contesta os pedidos, alegando que o auto de infração está em consonância com as formalidades legais exigidas.

Impugnação à defesa e aos documentos, pela parte autora, onde requer a procedência dos pedidos.

Audiência de instrução (f. 507).

A requerimento das partes, foi juntada a ata de instrução realizada no processo 0011053-08.2017.503.0055, como prova emprestada.

Razões finais remissivas.

Rejeitada a conciliação.

Em síntese, este é o relatório.

Passo a decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Direito Material e Processual do Trabalho - Lei n. 13.467/2017

As disposições da Lei n. 13.467/2017 somente se aplicam a fatos praticados a partir de 11.11.2017, data de início de vigência de tal norma.

No tocante ao Direito Processual do Trabalho, conforme disposição dos artigos 14 do CPC e 912 da CLT, resulta que, como regra, a norma processual tem aplicação imediata, ou seja, é aplicável aos processos em curso na data da sua entrada em vigor, mas não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (Teoria do isolamento dos atos processuais).

No entanto, no exame da questão, cumpre ter também presentes a necessidade de respeito ao princípio da razoabilidade (art. 8º do CPC: a norma resultante da interpretação do texto normativo deve ser submetida ao teste de razoabilidade) e a vedação de decisão surpresa (artigos 9º e 10 do CPC) e, ainda, o estabelecimento de limitações temporais às mudanças legislativas em obediência à segurança jurídica (inciso XXXVI do art. 5º da CF) e em proteção da confiança (§ 4º do art. 927 do CPC), que constituem postulados básicos do Estado Democrático de Direito.

De tal modo, havendo grande alteração no sistema processual, com modificação dos riscos envolvidos na demanda judicial, em relação, principalmente, aos custos do processo e ônus da sucumbência, como se deu em razão da Lei n. 13.467/2017, a nova lei somente pode ser aplicada aos processos ajuizados após a sua entrada em vigor.

Com efeito, a parte não pode ser surpreendida por riscos ausentes no momento da propositura da demanda, assim como deve ser preservada a sua confiança de que os riscos que enfrentaria na demanda eram apenas aqueles estabelecidos pela ordem jurídica no momento da propositura da ação.

Auto de Infração

A autora pretende, em síntese, a anulação do auto de infração n. 024500348 e, conseqüentemente, a inexigibilidade da multa administrativa indicada.

Alega a autora que

[...] foi atuada pelo Auditor-Fiscal da Gerência Regional do Trabalho de Conselheiro Lafaiete/MG, em 25.09.2012, por “Admitir ou manter empregado sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente”, fundamentada a atuação no fato de a Autora, em resumo, apesar de possuir em sua planta empresarial da Mineração, localizada em Ouro Preto, que consta com 1.399 (mil trezentos e noventa e nove), empregados próprios, além de diversos outros trabalhadores terceirizados, ter firmado

contrato de prestação de serviços com a empresa G3 CONSTRUÇÃO PESADA LTDA., CNPJ 09.535.153/0001-08, onde presentes os requisitos configuradores da relação de emprego entre a contratante e os empregados da empresa prestadora de serviços, declarando, então, o vínculo de emprego destes trabalhadores da terceirizada com a Autuada, ora Autora.

No entanto, sustenta que tais pessoas nunca foram empregadas da autora e sim da empresa terceirizada, tendo plena convicção da licitude da terceirização entabulada, ligada exclusivamente à atividade-meio da autora.

Assevera, ainda, que o auto de infração padece de vários vícios formais, não sendo instaurado procedimento especial para a ação fiscal, aplicando imediata e deliberada sanção punitiva à autuada; local de lavratura, eis que não realizado nas dependências da empresa pelo Sr. Auditor-Fiscal, sendo violado o art. 629 da CLT; não foi permitida a produção de prova testemunhal pela autora durante todo o curso do processo administrativo, o que violou também o direito ao contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

Pois bem.

A CF/88, no art. 21, XXIV, estabelece a competência da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, bem como o art. 14, XIX, "c", da Lei n. 9.649/1998 atribui competência ao Ministério do Trabalho e Emprego para a fiscalização do trabalho, assegurando, ainda, a aplicação de dispositivos legais e regulamentares de natureza trabalhista.

Já o art. 626 da CLT dispõe que os Auditores-Fiscais do Trabalho têm o poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Assim, não há dúvidas de que o Auditor-Fiscal do Trabalho, no exercício do seu poder de polícia, possui competência para identificar a existência de irregularidades no ambiente de trabalho e, sem ultrapassar os limites legais, aplicar as penalidades cabíveis nos termos do art. 628 da CLT.

Ademais, o ato de fiscalização pautado na interpretação e aplicação da legislação trabalhista pela Administração Pública é assegurado pela própria Carta Magna (art. 21, XXIV), não havendo, outrossim, que se cogitar em invasão de competência jurisdicional desta Especializada, que, no ponto, limita-se ao controle e revisão ulterior do ato administrativo, nos termos do inciso VII do art. 114 da CF/88.

Logo, não há que se falar que o ato administrativo possui ilegalidade, pois este foi produzido por agente capaz, formalizado nos termos da legislação, e goza de presunção de legitimidade.

Afastada essa alegação, também não prospera o argumento da autora de que o auto de infração seria nulo pela inobservância do dever de orientação.

É certo que há normas internas regulando o princípio social programático de orientação e aconselhamento técnico a que estaria obrigado o auditor-fiscal de tal forma a se conjugar com outros dispositivos legais impositivos de procedimentos que também devem ser observados pelo agente público, mais especificamente, o art. 628 da CLT, *in verbis*:

Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração.

Assim é que a conjugação de tais objetivos, também contidos nos artigos 627 e 627-A da CLT, com o que dispõe o art. 628 da mesma Consolidação, é que gerou a regra final a ser observada pelo auditor-fiscal no que concerne ao critério da dupla visitação.

Com efeito, há hipóteses específicas em que a observância do critério da dupla visita é obrigatória, sendo que o art. 23 do Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto n. 4.552, de 27.12.2002, compilando as hipóteses legais, assim as discrimina:

Art. 23 [...]

I - quando ocorrer promulgação ou expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, sendo que, com relação exclusivamente a esses atos, será feita apenas a instrução dos responsáveis; (art. 627/CLT)

II - quando se tratar de primeira inspeção nos estabelecimentos ou locais de trabalho recentemente inaugurados ou empreendidos; (art. 627/CLT)

III - quando se tratar de estabelecimento ou local de trabalho com até dez trabalhadores, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou de anotação da CTPS, bem como na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização; (Lei n. 7.855/89, art. 6º, § 3º) e

IV - quando se tratar de microempresa e empresa de pequeno porte, com as ressalvas do item anterior. (Lei n. 9.841/99, art. 12, parágrafo único)

Além dos dispositivos acima, especificamente em relação às normas de segurança e medicina do trabalho, o agente, com base em critérios técnicos, poderá notificar os empregadores, concedendo prazos para a correção das irregularidades encontradas (NR 28 da Portaria 3.214/1978). (*In Revista do TST*, vol. 71, p. 309.)

Ora, não se enquadra a autora em nenhuma das hipóteses legais acima, não preenchendo, pois, os requisitos para se beneficiar do direito à dupla visita.

No que tange à alegação da parte autora de que foi violada a previsão do § 1º do art. 629 da CLT, uma vez que os autos de infração não foram lavrados no local de inspeção.

Entretanto, não há nulidade possível em razão de o fato de auto de infração não ter sido lavrado no local da inspeção, uma vez que entendo tratar-se de mera irregularidade administrativa, impassível de produzir efeito invalidante. Basta contextualizar o mandamento legal para que se perceba a *ratio legis*. A clara preocupação do legislador é a de não autorizar o agente da fiscalização a adiar a aplicação da penalidade, ao prescrever que se lavre o auto no local da inspeção ou no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de o Auditor-Fiscal ser responsabilizado.

Logo, não há nulidade a reconhecer, valendo frisar que tem prevalecido no TST o entendimento segundo o qual o desrespeito ao § 1º do artigo 629 da CLT pode eventualmente gerar responsabilidade do fiscal, sem atrair a nulidade do ato.

Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. Da leitura do artigo 629, § 1º, da CLT, infere-se que a lavratura do auto de infração em local diverso da inspeção constitui mera irregularidade de natureza administrativa, visto que em seu conteúdo traz a expressão “sob pena de responsabilidade”, não ensejando, nesses termos, a nulidade do ato praticado. Decisão regional que merece reforma. Recurso de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 29000-54.2008.5.20.0011, Julgamento: 27.11.2013, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Publicação: DEJT 29.11.2013.)

No tocante à violação do princípio do contraditório e ampla defesa, constou da decisão do MTE de f. 252 o indeferimento da designação de audiência para oitiva de testemunha, face à ausência de apresentação do respectivo rol, o que inviabilizou a avaliação da pertinência dessa prova. Também a prova oral não foi justificada, tampouco arrolados os quesitos a serem respondidos.

Passando à análise do mérito, com relação à terceirização, não obstante o teor dos contratos firmados entre a autora-tomadora e a empresa terceirizada, certo é que o uso da força de trabalho dos empregados em proveito do negócio, e em benefício da autora, é inconteste.

Consoante dispõem os termos do item I da Súmula 331 do C.TST, a manutenção de trabalhadores terceirizados na execução de atividade-fim da tomadora de serviços é ilegal.

Registro, ainda, que o fato de os trabalhadores envolvidos estarem registrados pelas prestadoras de serviço não afasta a incidência do art. 41 da CLT, pois foi evidenciado pela fiscalização realizada que se tratava de registro irregular, produto da fraude, impedida pelo art. 9º da CLT, o qual declara nulos de pleno direito

os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Conforme asseverado pelo Auditor-Fiscal às f. 154 e seguintes, a autora é uma empresa constituída especificamente para extrair, beneficiar e expedir/vender o minério. Para tanto necessita de que os produtos sejam transportados entre as diversas fases da cadeia produtiva, que se encerra com a sua comercialização.

De acordo com o contrato firmado entre a autora e a empresa terceirizada, o serviço prestado por esta é a retirada de materiais da barragem de rejeitos nas dependências da contratante, serviços esses que estão diretamente ligados às atividades de lavra de minério de ferro, que não se esgota na simples escavação e retirada do minério do solo, mas constitui uma sucessão de atividades e tarefas, inclusive com garantia de integridade do terreno e segurança da mina.

Ainda, verifica-se que a empresa terceirizada não tem qualquer especialidade no serviço que presta à autora, o que pode ser verificado através de seu contrato social e na inscrição no CNPJ, conforme consulta feita no sitio <http://cnpj.info/G3-CONSTRUCAO-PESADA-LTDA/4eoU/>, na *internet*.

Para que se configurasse a prestação de serviço especializado, não bastaria o simples deslocamento das tarefas braçais a outra empresa, mas sim que houvesse a contratação de empresa especialista no serviço prestado e com pleno conhecimento dos trabalhos e tarefas e dotada da total responsabilidade de planejar, coordenar e comandar os trabalhos, e não somente com o encargo de executar as tarefas.

Toda a direção dos serviços, a coordenação das tarefas, o repasse diário de ordens são feitos pela autora, que, em verdade, possui todo o *know how* da atividade prestada, cumprindo à contratada apenas o fornecimento das máquinas e equipamentos e a função de intermediadora na contratação dos empregados.

A autora submete os trabalhadores a condições de trabalho piores que as de seus empregados próprios, precarizando as condições de trabalho.

Assim sendo, a forma de contratação dos empregados pela autora, através da empresa terceirizada, funciona como artifício para desvirtuar a relação de emprego existente, com vistas a frustrar a aplicação das normas trabalhistas, objetivando eximir o empregador de arcar com o ônus da atividade econômica que exerce, já que procura descaracterizar seus empregados do enquadramento previsto no art. 3º da CLT.

O depoimento prestado pela testemunha Leonardo, nos autos n. 0011053-08.2017.5.03.0055, utilizado como prova emprestada (ata de f. 510), não serviu para alterar o convencimento do Juízo acerca da ilicitude da terceirização, mormente pelo fato de ter relatado que os empregados da CSN repassam as ordens aos encarregados da empresa terceirizada.

Em suma, a ilegalidade da conduta da autora, consubstanciada na utilização de mão de obra terceirizada em sua atividade-fim, com nítido objetivo de reduzir custos empresariais com pessoal, dá respaldo à autuação efetivada, ao considerar que os empregados que prestam serviços através da G3 Construção Pesada deveriam ter sido contratados diretamente pela autora, já que ausentes os requisitos que permitem a contratação de serviços terceirizados em atividade-fim na forma em que foi efetuada.

Tenho, assim, por absolutamente legítima a autuação e penalidade imposta à autora em decorrência do descumprimento da legislação trabalhista, de forma que julgo improcedentes os pedidos aduzidos na exordial.

Por todo o exposto, declaro sem efeito a liminar deferida (decisão de f. 406/407) e julgo improcedente o pedido da autora, reconhecendo a validade do auto de infração n. 024500348 e conseqüentemente da multa dele oriunda.

Honorários de sucumbência

Tratando-se de ação na qual se discute a validade de auto de infração lavrado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, não envolvendo matéria atinente a créditos resultantes de relação de

emprego, a incidência dos honorários advocatícios é regida pelo art. 85 do CPC.

Nestes termos, a autora arcará com honorários advocatícios, fixados em favor da ré, no importe de 10% sobre o valor da causa (art. 5º da Instrução Normativa n. 27 do TST e artigo 85, § 3º, I, do CPC).

III - DISPOSITIVO

ISSO POSTO, decido julgar IMPROCEDENTES os pedidos formulados por CSN MINERAÇÃO S.A. na ação anulatória proposta em face de UNIÃO FEDERAL, tudo nos termos da fundamentação supra, que integra esse dispositivo.

A autora arcará com honorários advocatícios, fixados em favor da ré, no importe de 10% sobre o valor da causa (art. 5º da Instrução Normativa n. 27 do TST e artigo 85, § 3º, I, do CPC).

Custas pela autora, sucumbente, no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre o valor da causa, R\$ 50.000,00.

Intimem-se as partes, sendo a União, pessoalmente, por meio de Oficial de Justiça.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. RTOrd 0011039-47.2018.5.03.0036

Data: 15.02.2019

DECISÃO DA 2ª VARA DO TRABALHO DE JUIZ DE FORA - MG

Juiz Substituto: THIAGO SACO FERREIRA

AUTOR: EMERSON SANTIAGO VENANCIO

RÉU: ALMAVIVA PATICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., ITAÚ UNIBANCO S.A.

Vistos os autos.

1 - RELATÓRIO

EMERSON SANTIAGO VENANCIO ajuizou reclamação trabalhista em face de ALMAVIVA DO BRASIL TELEMARKETING E

INFORMÁTICA S/A e de ITAÚ UNIBANCO S.A., postulando declaração da ilicitude da terceirização e reconhecimento de direitos normativos típicos dos bancários, reversão da dispensa por justa causa, horas extras, indenização por danos morais e honorários advocatícios. Atribuiu à causa o valor de R\$ 228.870,64 (duzentos e vinte e oito mil, oitocentos e setenta reais e sessenta e quatro centavos), juntou documentos, declaração de pobreza e procuração.

Inconciliados, os reclamados apresentaram defesas, arguindo ilegitimidade passiva e prescrição antes de refutarem os pedidos.

O reclamante se manifestou oportunamente sobre as defesas e os documentos (ID “4095861”).

Na sessão em prosseguimento, deferi a juntada de provas emprestadas pela primeira reclamada, ouvi as partes, um informante e duas testemunhas. Sem outras provas, encerrei a instrução.

Razões finais orais remissivas.

Recusada a última proposta conciliatória.

Eis o relatório.

2 - FUNDAMENTOS

2.1 - Ilegitimidade passiva

Como firmado em doutrina e jurisprudência, concebe-se o direito de ação atualmente como autônomo e abstrato, significando isso, na forma do inciso XXXV do art. 5º da CRFB, que seu exercício não pressupõe a existência efetiva dos direitos vindicados. Há muito se desvinculou o direito processual de agir do direito material através dele perseguido.

Assim sendo, pela teoria da asserção, a análise da legitimidade deve ser feita em abstrato, consideradas as informações lançadas na petição inicial, independentemente de sua efetiva ocorrência.

Nessa vertente, tendo o reclamante indicado o segundo réu como tomador de seus serviços e responsável pelos direitos vindicados, ele é parte legítima para compor o polo passivo da demanda.

A efetiva existência de responsabilidade e seus respectivos limites são matérias ligadas ao mérito da pretensão.

Rejeito a preliminar.

2.2 - Prescrição

Em face da projeção do aviso prévio indenizado (§ 1º do art. 487 da CLT e OJ 82 da SDI-1 do TST), o contrato de trabalho se encerrou efetivamente em 23.09.2016, conforme se anotou de forma acertada na CTPS.

Por sua vez, a ação foi distribuída em 21.09.2018, no antepenúltimo dia do encerramento do biênio constitucionalmente fixado para tanto.

Disso resulta que prescrição bienal não há.

Interposta a ação em 21.09.2018, estão prescritas todas as pretensões pecuniárias anteriores a 21.09.2013, por força do disposto no inciso XXIX do art. 7º da CRFB e das Súmulas 206 e 308, I, do TST.

Extingo, pois, tais pedidos com resolução de mérito, na forma do inciso II do art. 487 do CPC.

2.3 - Ilicitude da terceirização - Isonomia salarial - Direitos normativos

No presente cenário jurisprudencial, inviável tachar qualquer terceirização de ilícita, porque o Supremo Tribunal Federal liberou inclusive o repasse de atividades-fim pelas empresas. Escolas não precisam mais contratar professores, hospitais não necessitam de quadro médico próprio e sucessivamente. Tudo pode ser deslocado para outra empresa “especializada”, que tenha idoneidade financeira.

Como amplamente noticiado, tal decisão da Suprema Corte na seara trabalhista, aniquilando entendimento consagrado na Súmula 331 do TST (a reboque, aquele estampado na Súmula 49 do TRT 3ª Região), ocorreu quando do julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, no qual, por sete votos a favor da terceirização irrestrita e desenfreada, firmou-se a seguinte tese vinculante:

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.

De se registrar que a decisão tem força retroativa, pois discutia a constitucionalidade da terceirização antes da edição de leis a autorizá-la expressamente. Desnecessário aguardar sua publicação em diário oficial, nutrindo falsas expectativas na parte autora, tendo em vista que somente foram resguardadas pelo Pretório Excelso as decisões transitadas em julgado. A aplicação desse entendimento, desde já, prestigia ainda a segurança jurídica.

Nessa toada, não há que se falar em reconhecimento de ilicitude da terceirização, inexistindo margem para quaisquer análises das atividades realizadas e de sua inserção nos fins da tomadora de serviços. Igualmente, impossível a declaração de responsabilidade solidária do real beneficiário do trabalho.

A teoria da subordinação estrutural, em consequência, não encontra mais nenhum respaldo na jurisprudência da mais alta corte brasileira. Da mesma forma, não há margem para estrangeirismos incompatíveis com a referida decisão; inócua, pois, a menção à bela tese do *joint employment*.

O banco será, dessa forma, subsidiariamente responsável pelos direitos porventura deferidos nesta sentença.

Pelos mesmos fundamentos, indefiro o enquadramento do reclamante na categoria dos bancários, julgando improcedentes os pedidos lançados nos itens 2 e de diferenças salariais.

2.4 - Horas extras

As palavras do Sr. Deivid da Silva Ferreira em nada influenciam meu convencimento acerca da invalidade dos registros de ponto carreados ao feito pela empresa, pois acrescentou fatos em nenhum momento declinados nas falas do autor durante o processo. De acordo com o informante, “[...] a gestão tinha acesso ao ponto dos

funcionários, com possibilidade de alteração [...]”, o que não consta na causa de pedir, tampouco em réplica.

A prova emprestada produzida pelo reclamante, conforme consta no item 15 do rol de pedidos, voltava-se exclusivamente à questão da terceirização ilícita. Ainda que assim não fosse, nas atas de audiências de outros processos, não se encontram notícias acerca da invalidade dos cartões de ponto a partir de alterações dos registros.

A propósito, conveniente um parêntese acerca dos protestos na audiência de instrução contra o permissivo à empregadora para produção de prova emprestada: apesar de requerida na petição inicial, os patronos do autor pediram ao juízo para vedar que a reclamada também usasse de idêntico expediente, visando à consagração judicial da disparidade de armas. De toda forma, na esteira do art. 372 do CPC, observado o contraditório, manteve-se a imparcialidade.

Voltando ao tema controvertido, não vicejam as impugnações obreiras quanto à validade da prova documental. Isso porque lastreadas unicamente na falta de assinatura do trabalhador, formalidade não exigida pela legislação e que, isoladamente, nada demonstra.

Nesse contexto, reputo válidos os cartões de ponto como meio de prova da rotina praticada pelo autor, considerando inclusive o gozo de uma hora de intervalo intrajornada. À falta de apontamento de horas extras excedentes da oitava diária e da quadragésima quarta semanal (ao reclamante não se aplica a jornada prevista no art. 224 da CLT), julgo improcedentes os pedidos formulados nos itens 9 a 13.

2.5 - Assédio moral

Em contrapartida aos riscos do empreendimento, ao empregador se confere o poder de dirigir a prestação de serviços dos empregados, justamente para melhor suportar aqueles riscos e alcançar a principal finalidade da empresa que é o lucro.

No exercício desse poder, natural que ao empregador se conceda o direito de definir a quantidade de empregados necessárias à consecução dos objetivos empresariais, além de distribuir os serviços para cada trabalhador.

Nesse contexto, inserem-se as metas, níveis de produção previamente fixados para um determinado período, possibilitando a racionalização dos trabalhos e o posterior controle de rendimento da mão de obra.

A imposição e a cobrança de metas, em si, não ensejam nenhuma ilicitude, sendo uma das facetas do poder diretivo do empregador, que espera o melhor rendimento possível do trabalhador em face do salário pago.

Aliás, nesse sentido a inteligência do art. 766 da CLT, pois a contrapartida aos justos salários é a justa retribuição às empresas interessadas.

Todavia, o exercício desse poder pelo empregador encontra limites na dignidade humana e nos direitos da personalidade dos empregados, não podendo o salário pago servir como fundamento para máculas a esses bens intangíveis do trabalhador.

Assim, ao empregador não é dado, na busca do aumento de seus lucros, menosprezar a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade e o nome de seus empregados, como se infere do inciso X do art. 5º da CRFB.

O empregador não pode, outrossim, ignorar o valor social do trabalho e a função social da empresa, pilares da ordem econômica brasileira.

Entretanto, compete ao empregado o ônus de provar que a empresa excedeu os limites do exercício razoável desse poder diretivo, porque essa conduta ilícita se constitui em fato constitutivo da indenização vindicada (arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC).

No caso ora em análise, as queixas do reclamante, conforme seu depoimento pessoal, recaíram sobre o tratamento a ele conferido pela supervisora Michele. Todavia, a prova oral não certificou as pressões e condutas exageradas desse superior

hierárquico. O informante não conviveu com Michele, e a testemunha Thayenne Dutra de Oliveira Madeira nada declarou no aspecto.

Não se ignora o documento de ID “fac81b9”, mas ele não confirma a tese exordial acerca das pressões sofridas na empresa para cumprimento de metas e realização de serviços diversos daqueles para os quais o reclamante foi contratado. Trata-se de mero encaminhamento do autor para um psiquiatra, feito por psicóloga a partir de relatos do próprio trabalhador. Inexiste notícia nos autos de que o reclamante tenha se submetido a acompanhamento e a tratamento psiquiátrico e, principalmente, que o ambiente de trabalho tenha ocasionado moléstias dessa ordem ou o vitiligo relatado pelo informante. Aliás, a prova oral não permite tal associação entre as condições de trabalho e os alegados males.

Outrossim, malgrado não se despreze o biênio prescricional para provocação do Judiciário, embotam-se as alegações obreiras acerca de agressões tão intensas por parte do empregador com a espera por quase dois anos para ajuizamento da ação, pois as supostas ilicitudes são dignas de denúncia mais breve, de insurreição mais imediata.

Por fim, a mera criação de programas de computador para uso nas atividades diárias, mesmo em desvio de funções, não redundam em ofensas à honra, imagem, nome, integridades física e mental ou a qualquer outro direito da personalidade do trabalhador, aptas a redundar em danos extrapatrimoniais. No máximo, a mácula seria a direitos de autoria, acarretando danos de cunho evidentemente material.

Do exposto, não verificados os elementos exigidos pelos arts. 186 e 927 do Código Civil, indefiro o pedido de indenização por danos morais.

2.6 - Assistência judiciária

Não se ignora o requisito acrescentado pela Lei n. 13.467/2017

para concessão da assistência judiciária no âmbito do processo trabalhista, restringindo o alcance dos auxílios somente “[...] àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Entretanto, na minha concepção, essa modificação legislativa não pode produzir nenhum efeito prático no presente caso.

De se notar que nem mesmo o CPC traça empecilhos apriorísticos, firmados a partir de hipotéticas remunerações ou rendimentos, como se infere de seus arts. 98 e 99.

Ainda que não se prenda à literalidade da “reforma trabalhista”, inexistente motivo para que exclusivamente o cidadão trabalhador sofra com tamanha restrição para fruir o direito de ação no intento de discutir em juízo sua pretensão resistida e ver consagrados os direitos que entenda pertinentes, tudo isso sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

Com efeito, de acordo com os arts. 1º da Lei n. 7.115/1983 e 99, § 3º, do CPC, presume-se verdadeira a declaração destinada a fazer prova de pobreza, quando firmada por pessoa natural ou por procurador bastante. A princípio, apenas essa seria a comprovação exigida pelo inciso LXXIV do art. 5º da CRFB, só podendo o juiz indeferir o pleito “[...] se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade.” (§ 2º do art. 99 do CPC).

Nada indica que o autor estaria com patrimônio livre, disponível para enfrentar os riscos e os custos de um processo judicial. Ao fixar aquele critério supostamente objetivo, o legislador reformista pensou inadvertidamente só nos ativos do trabalhador, esquecendo o passivo patrimonial dele.

O parâmetro adotado pelo “legislador reformista” se mostra ainda mais aleatório quando se toma consciência, por exemplo, do salário-mínimo considerado ideal pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). Para satisfazer os direitos básicos enumerados no inciso IV do art. 7º da CRFB, de acordo com referida instituição, o brasileiro deveria perceber, em

junho de 2018, R\$ 3.804,06.

A partir disso, não há a menor plausibilidade de se aceitar o “critério objetivo” criado pela Lei n. 13.467/2017, pois, quarenta por cento do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social não atingiria aquela cifra necessária ao sustento puro e simples do cidadão, quanto mais possibilitaria a ele dispensar parte de sua renda para enfrentar os riscos e os custos de um processo judicial.

Portanto, a despeito do parâmetro adicionado ao § 3º do art. 790 da CLT, tendo em vista a declaração de pobreza que acompanha a petição inicial, defiro ao reclamante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

2.7 - Honorários advocatícios

Na forma do art. 791-A da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, a parte sucumbente responderá pelos honorários advocatícios nas demandas ajuizadas a partir de 11.11.2017.

Considerados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço, condeno o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% do valor atribuído à causa.

Entretanto, a incidência dessa parcela deve observar o conjunto do ordenamento jurídico, a fim de não se consagrar enorme iniquidade e, principalmente, ofensa ao princípio isonômico consagrado no *caput* do art. 5º da CRFB.

Com efeito, a denominada “Reforma Trabalhista” exagerou ao estabelecer, no § 4º daquele novel dispositivo celetista, que o beneficiário da justiça gratuita somente não arcaria com honorários advocatícios se não houvesse obtido créditos no processo em que sucumbiu ou em outro processo qualquer. Havendo qualquer valor a receber, deveria ele ser destinado ao procurador da parte contrária, esvaziando todo o objetivo processual.

Essa norma se mostra ímpar no ordenamento jurídico, pois,

no regime do processo civil comum, conforme disposto no art. 98, § 1º, VI do CPC, a gratuidade da justiça compreende os honorários do advogado. E, ainda mais especificamente, dispõe o § 3º desse mesmo dispositivo legal que:

Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Em nenhum momento se cogita a constrição automática de outros créditos surgidos em processos judiciais. A exigibilidade dos honorários advocatícios fica desde já suspensa em decorrência direta da concessão dos benefícios da justiça gratuita, ponto e nada mais. Ao credor da verba honorária incumbe demonstrar que a outra parte superou o estado financeiro-econômico que possibilitou a concessão daquela benesse.

Nesse aspecto, o legislador reformista impôs ao credor trabalhista norma escancaradamente muito mais severa, retirando dos ombros da parte adversa o ônus de demonstrar a superação daquela incapacidade para suportar os custos do processo. Ora, seguir literalmente o novo § 4º do art. 791-A da CLT implica reter automaticamente quaisquer créditos do trabalhador hipossuficiente obtidos em juízo para pagamento de verba notoriamente acessória.

Portanto, a isonomia é arruinada, instituindo em desfavor de apenas um beneficiário da justiça gratuita encargo não aventado a nenhum outro. Aos autores, nas reclamações trabalhistas, é mitigado um direito concedido integralmente a qualquer outro cidadão que ingresse em juízo.

Nesse passo, uma mesma pessoa pode se ver em situações distintas, dependendo apenas da natureza da ação. Se, na

condição de trabalhadora, sucumbir em parte de suas pretensões, imediatamente arcará com os honorários advocatícios com parcela do crédito obtido; mas se não vencer totalmente, na condição de consumidora, essa mesma pessoa não pagará a verba honorária de imediato, pois sua exigibilidade ficará suspensa, incumbindo à outra parte provar a superação da insuficiência financeira. Nada mais absurdo, injustificável e inconstitucional, *data maxima venia*.

Além da aniquilação da isonomia, com a “Reforma Trabalhista” se buscou inaugurar a esdrúxula e contraditória figura da “justiça gratuita paga”. Ou seja, a parte é beneficiada com a isenção de despesas do processo, mas tem que pagar os honorários advocatícios. A afronta ao disposto no inciso LXXIV do art. 5º da CRFB é patente.

Não se ignora que, na forma do § 5º do art. 98 do CPC, o juiz possa excepcionar alguns atos processuais do alcance da justiça gratuita. Porém, isso é completamente diferente de se colocar uma exceção legal *a priori*, impassível de ponderações e tão gravosa quanto a quitação imediata de honorários advocatícios com a retenção de crédito.

Noutro enfoque, o legislador reformista se esqueceu da natureza alimentar do crédito trabalhista, o que redundou no seu gritante equívoco de colocar qualquer ganho judicial como apto à superação da miserabilidade jurídica.

Do exposto, a exigibilidade dessa verba ficará suspensa, porque o reclamante é beneficiário da justiça gratuita.

3 - DISPOSITIVO

Pelos fundamentos acima, que determinam o exato alcance deste dispositivo, na reclamação trabalhista ajuizada por EMERSON SANTIAGO VENANCIO em face de ALMAVIVA DO BRASIL TELEMARKETING E INFORMÁTICA S/A e de ITAÚ UNIBANCO S.A., decido:

- 1 - rejeitar a preliminar de inépcia;
- 2 - declarar prescritas as pretensões pecuniárias anteriores a 21.09.2013, extinguindo o processo com resolução de mérito nesses pontos, na forma do inciso II do art. 487 do CPC;
- 3 - julgar IMPROCEDENTES os pedidos formulados.

Defiro ao reclamante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O reclamante pagará honorários advocatícios equivalentes a 15% do valor atribuído à causa. A exigibilidade dessa parcela ficará suspensa enquanto persistirem os fundamentos da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Na forma do inciso II do art. 789 da CLT, fixo as custas em R\$ 4.577,41 (quatro mil, quinhentos e setenta e sete reais e quarenta e um centavos), calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$ 228.870,64 - duzentos e vinte e oito mil, oitocentos e setenta reais e sessenta e quatro centavos), pelo reclamante, isento.

Partes cientes, nos termos e para os fins da Súmula 197 do TST.

Nada mais.

SENTENÇAS SOBRE ASSUNTOS DIVERSOS

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0011595-11.2016.5.03.0136

Data: 10.07.2018

DECISÃO DA 36ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juiz Titular: GERALDO MAGELA MELO

RECLAMADO: WAL MART BRASIL LTDA.

RECLAMANTE: MARCUS VINICIUS MACEDO REIS

RELATÓRIO

A Parte Autora, qualificada na petição inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face da Parte Reclamada, igualmente qualificada, narrando os fatos e declinando os pedidos que entende serem cabíveis.

Audiência inicial realizada. Conciliação recusada. A Parte Reclamada apresenta defesa em que suscita os argumentos que apresenta, requerendo a improcedência dos pleitos vindicados na petição inicial.

Na audiência de instrução, as partes produziram as provas que entendiam necessárias e declararam que não havia mais necessidade de produção de outros atos.

Encerrada a instrução.

Razões finais remissivas por ambas as partes.

Conciliação inviabilizada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Questão de ordem

Será utilizada nesta sentença a numeração por folhas, observando-se a ordem crescente de abertura do arquivo no formato PDF.

Da inépcia da inicial

Pugna a Parte Reclamada seja o processo extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 330, I e § 1º, do CPC, em relação ao pleito de equiparação salarial, ao argumento de que a petição inicial se afiguraria inepta, por não terem sido apontadas especificamente as funções desempenhadas pela Parte Autora e pelos paradigmas.

No entanto, sem razão a referida Parte Ré, porquanto a inicial atende à singeleza dos requisitos previstos no § 1º do artigo 840 da CLT, possibilitando-lhe a produção de defesa, sem qualquer prejuízo.

Ressalto que a Parte Reclamante afirmou expressamente que as funções desempenhadas eram de “gerente de departamento e gerente de área” (f. 4).

Destaco que a efetiva comprovação processual de que as tarefas executadas eram idênticas, bem como a demonstração dos demais requisitos da equiparação salarial, é matéria concernente ao mérito da causa e, com esse, será decidida.

Ante o exposto, rejeito a preliminar em epígrafe.

Da prescrição

Tendo em vista que a reclamação foi ajuizada em 19.10.2016, acolho a prescrição quinquenal, para excluir da condenação os efeitos pecuniários das parcelas exigíveis pela via acionária anteriores a 19.10.2011, nos termos do inciso XXIX do art. 7º da

Carta Magna de 1988, e, por conseguinte, extingo o processo, com resolução do mérito, em relação aos pleitos pecuniários anteriores ao marco prescricional aqui fixado.

Da equiparação salarial - Diferenças salariais

A Parte Reclamante sustenta que, a partir de 01.05.2006, passou a exercer a mesma função dos paradigmas Gustavo Teixeira Gregori e Bernardo Gaspar Silva Rosa, mas sempre percebeu salário menor. Pretende, portanto, a percepção de diferenças salariais advindas da equiparação salarial.

A Parte Ré contesta o pleito.

De início, registro que a indicação de José Eduardo da Silva como paradigma (f. 5) parece ter sido resultado de erro material, consoante se depreende do conjunto da causa de pedir da inicial e dos documentos juntados aos autos pela Parte Autora.

Assim, o pleito será apreciado apenas em relação aos paradigmas Gustavo Teixeira Gregori e Bernardo Gaspar Silva Rosa.

Nesse contexto, pontuo que as fichas de registro de f. 363/371 e os contracheques de f. 40, 42 e 384/442 demonstram processualmente que os mencionados paradigmas recebiam salário-base inferior ao da Parte Autora.

Por outro lado, não há nada nos autos que permita concluir que os referidos paradigmas percebiam gratificação de natureza não pessoal que possa ser objeto de equiparação salarial.

Dessa forma, a pretensão de equiparação salarial que envolve os paradigmas Gustavo Teixeira Gregori e Bernardo Gaspar Silva Rosa se revela inócua, razão pela qual julgo improcedente o pedido.

Do adicional de periculosidade

Pretende a Parte Autora o pagamento do adicional de periculosidade, afirmando que tinha contato direto com agentes perigosos, o que lhe ocasionava risco acentuado.

Realizada a respectiva prova técnica (laudo pericial de f. 471/491), concluiu o perito pela caracterização da periculosidade nas atividades da Parte Autora, pela exposição a energia elétrica.

O perito deixou assentado, de relevante, que:

O Reclamante adentrou nas seguintes salas onde ficava exposto a risco de choque elétrico:

1 - Sala elétrica de Logística, onde realizou atividades de ligar e desligar disjuntores.

2 - Sala Delicatessen, onde realizou atividades de ligar e desligar disjuntores. Neste local o reclamante afirmou que chegou a fazer *jumper* no painel onde havia sistema em curto.

3 - Subestação/gerador, tinha acesso ao painel de controle elétrico para operação.

4 - Casa de Bomba, realizou ligação diária das bombas e chegou a fazer *jumper* frequentemente no painel.

5 - Motobomba de incêndio, tinha acesso ao painel de realização de testes da bomba.

Dentre as atividades de rotina do reclamante, fazia parte delas as tarefas de ligar, desligar e solucionar problemas, dentro das salas de elétricas mencionadas acima. O reclamante operava e fazia intervenções nos painéis elétricos que controlam as partes elétricas de vários setores do hipermercado, realizando inspeções, testes e intervenções. Ficando desta forma exposto a riscos elétricos acentuados de modo habitual. Vale lembrar que todos os painéis elétricos encontravam-se energizados. (grifo nosso)

A Parte Reclamada impugnou o laudo, alegando que as atividades exercidas pela Parte Autora não encontram previsão no Anexo IV da NR 16 do MTE, bem como que o empregado recebia EPIs suficientes para neutralizar o risco. Sustenta, ainda, que o contato da Parte Reclamante com o agente perigoso era meramente eventual.

Contudo, razão não lhe assiste, pois as atividades descritas pelo *expert* no laudo pericial estão tipificadas no Anexo IV da NR 16 do MTE, consoante se verifica do seguinte trecho da norma regulamentar:

III - Atividades de inspeção, testes, ensaios, calibração, medição e reparos em equipamentos e materiais elétricos, eletrônicos, eletromecânicos e de segurança individual e coletiva em sistemas elétricos de potência de alta e baixa tensão.

Destaco que a Parte Reclamada não produziu qualquer elemento de prova apto a demonstrar eventual inveracidade das informações colhidas pelo perito quanto às atividades desenvolvidas pela Parte Autora, ônus que lhe competia.

Do mesmo modo, a Parte Ré também não obteve êxito em infirmar os dados constantes do laudo pericial acerca da insuficiência dos EPIs fornecidos e da habitualidade do contato com o agente perigoso, não se desvencilhando, portanto, do seu encargo probatório.

Ressalto que o parecer do perito oficial se revela coerente e coeso, com base nos elementos utilizados para investigar o ambiente de trabalho da Parte Autora, sem apresentar discrepâncias aparentes.

Nesse contexto, acolho as conclusões periciais e defiro adicional de periculosidade, no importe de 30% sobre o salário-base do empregado (observando-se a evolução salarial respectiva), no período contratual imprescrito (excluindo-se os períodos de afastamento porventura constantes dos documentos já presentes nos autos), com reflexos em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%.

Ressalto que o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário-base do empregado, e não sobre a sua remuneração, nos termos do § 1º do art. 193 da CLT.

Indefiro reflexos no RSR, tendo em vista que os repousos semanais remunerados já compõem a base de cálculo do adicional de periculosidade (OJ-SDI1-103 do TST, aplicável analogicamente).

Indefiro reflexos no saldo de salário, sob pena de se caracterizar *bis in idem*, porquanto a condenação já abrange o período respectivo.

Ao contrário do que pretende a Parte Reclamada, não há de se cogitar no cálculo do adicional de periculosidade de forma proporcional à exposição ao risco, ante a falta de amparo legal.

Das horas extras - Extrapolação da jornada normal - Intervalo intrajornada - Intervalo interjornada - Domingos e feriados laborados

A Parte Reclamante alega, em suma, que sempre se ativou além dos horários previamente estipulados, mas não registrava a sua jornada de trabalho, por exercer a função de gerente.

Contudo, aduz que, na prática, as suas atividades não correspondiam àquelas inerentes ao inciso II do art. 62 da CLT.

Pretende perceber horas extras decorrentes da extrapolação da jornada normal e do desrespeito aos intervalos intrajornada, interjornada e daquele previsto no art. 384 da CLT. Pleiteia, ainda, o pagamento em dobro dos domingos e feriados laborados.

Contrapondo-se, a Parte Ré roga a aplicação do inciso II do art. 62 da CLT.

Pois bem. Cumpre ressaltar que o inciso II do art. 62 da CLT é norma restritiva de direito e, como tal, deve ser interpretada restritivamente.

Assim, a exceção contida no referido dispositivo destina-se exclusivamente àqueles que cumprem os seguintes requisitos cumulativos: (i) exercício de cargo de gestão; e (ii) percepção de salário superior, no mínimo, em 40% do salário recebido quando da ocupação de cargo efetivo.

Destaco que o cargo de gestão não se confunde com o mero cargo de confiança. É que não basta a existência de fidúcia especial na função exercida pelo trabalhador, exigindo-se, ainda, que o empregado tenha poderes suficientes para atuar como verdadeiro representante do empregador perante os demais funcionários.

Vejamos a prova oral produzida:

DEPOIMENTO PESSOAL DA PARTE AUTORA: “[...] que passou a registrar seu ponto corretamente a partir de outubro de 2015, sendo que, antes desse período, não estava submetido a controle de jornada, porém o diretor da loja acompanhava a sua jornada, sendo que trabalhava em escalas e dias diferentes, das 06 horas às 21 horas, normalmente, sábado

das 06 horas às 17 horas normalmente, podendo, eventualmente, estender até as 02 horas se tivesse visita do distrital; que trabalhava 03 domingos por mês de 06 horas às 21 horas; que eventualmente tinha uma folga durante a semana, em outro dia da semana, cerca de duas vezes ao mês; que fruía 30 minutos de intervalo; que um dia da semana fruía uma hora de intervalo; que, no dia em que estivesse escalado para abertura, tinha que chegar às 05h30, cerca de 2 vezes no mês; que, quando estava escalado para fechamento, ficava até 01/02 horas da manhã seguinte, cerca de 1 vez no mês; que, quando era preparativo de balanço anual, trabalhava estendendo até as 02 horas da manhã seguinte, cerca de 1 vez no ano, durando cerca de 7 dias com essa extrapolação; que, quando havia encerramento anual do balanço, no último dia, trabalhava até por volta das 18 horas do dia seguinte.” (grifos nossos)

DEPOIMENTO PESSOAL DO PREPOSTO DA PARTE RECLAMADA: “[...] que havia um diretor de loja fixo no estabelecimento em que autor trabalhava; que, no período em que o autor não registrava, havia cerca de 30 gerentes; que, a partir de outubro de 2015, todos os gerentes de área passaram a registrar ponto; que as atividades permaneceram as mesmas; que o autor trabalhava durante a semana das 06 horas às 14 horas e 20 minutos, segunda a sábado com folga em um desses dias; que havia labor em domingos e feriados, na mesma jornada já mencionada; que havia esporadicamente visitas de um diretor distrital para verificar a organização da loja, mas isso não implicava em alteração da jornada do autor; que havia escala para os gerentes de áreas realizarem a abertura da loja, quando eles iniciavam às 05 horas e 30 minutos; que havia balanço anual na loja, sendo que, na semana anterior, os gerentes trabalhavam até mais tarde, até por volta das 22 horas, sendo que, no dia do fechamento, os gerentes dobravam a jornada até o fechamento total do balanço, o que ocorria por volta das 19 horas.” (grifo nosso)

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA BERNARDO GASPAS SILVA ROSA, INDICADA PELA PARTE AUTORA: “[...] que foi admitido em 2010, na função de gerente de departamento, tendo sido dispensado pelo que se recorda em outubro de 2016; que o

autor era gerente de área; que os gerentes não tinham cargo de gestão na prática, não podendo admitir ou demitir; que os gerentes, se fossem atrasar ou sair mais cedo, necessitavam de autorização do diretor; que os preços e os produtos a serem vendidos eram fixados pela filial de São Paulo, não tendo autonomia os gerentes para negociação; que trabalhou com o autor no período em que ele foi gerente de área; que os gerentes trabalhavam das 06h às 21h, de segunda-feira a sábado, com 30 minutos de intervalo, sendo que, para saírem mais cedo, dependeriam de autorização do diretor, o qual não deixava; que trabalhavam feriados e cerca de 02/03 domingos no mês, na mesma jornada de dia de semana; que o gerente era escalado de 2/3 vezes na semana para chegar às 05:30 horas para abertura da loja; que havia visita de diretores regionais cerca de 2/3 vezes/mês; que, nos dias anteriores a essas visitas, os gerentes trabalhavam até por volta das 02 horas da manhã seguinte; que havia um balanço anual, sendo que, na semana anterior, trabalhava todos os dias até por volta das 02 horas da manhã seguinte; que, no dia do fechamento do balanço, trabalhava todo o dia e viravam a noite laborando até por volta das 12 horas do dia seguinte.” (grifos nossos)

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA PEDRO HENRIQUE SANTOS SILVA, INDICADA PELA PARTE RECLAMADA: “[...] que trabalhava na reclamada desde março de 2015; que é gerente desde setembro de 2017; que, por volta de junho de 2015, passou a ter contato de trabalho com o autor, quando o depoente estava na função de atendente, sendo que, nesse período, o depoente trabalhava das 14 às 22 horas; que o autor chegava entre 05h30/06h até por volta das 14h20 ou 16h20, quando via ele ir embora, não podendo precisar quanto tempo ele fruía de intervalo.” (grifos nossos)

É de se observar que a Parte Reclamada não comprovou processualmente que a Parte Autora, quando foi promovida para o cargo de gerente (em 01.05.2006), passou a perceber salário superior, no mínimo, em 40% do salário recebido quando ocupava cargo efetivo, ônus que lhe competia, por se tratar de fato extintivo ao direito autoral.

Como se não bastasse, a prova oral revelou que a Parte Autora não exercia efetivo cargo de gestão, mas apenas cargo de confiança, uma vez que o empregado não detinha poderes de representação da Parte Reclamada.

Inclusive, ele estava diretamente subordinado ao diretor-geral da loja, que imiscuía até mesmo na sua jornada de trabalho, pois ao diretor-geral competia autorizar eventuais chegadas atrasadas ou saídas antecipadas.

Dessa forma, em observância às alegações iniciais e à média extraída da prova oral, fixo, como expressão da verdade processual, que a Parte Autora cumpria as seguintes jornadas de trabalho:

- nos dias “comuns”, das 6h às 21h de segunda a sexta-feira e em 3 domingos no mês, assim como das 6h às 17h aos sábados, com a concessão de folga compensatória do trabalho aos domingos em 2 dias no mês e com 30 minutos de intervalo intrajornada, exceto uma vez na semana, quando havia concessão de 1 hora de intervalo intrajornada;

- nos plantões de abertura da loja, que ocorriam duas vezes no mês, das 5h30 às 21h, com 30 minutos de intervalo intrajornada;

- nos dias antecedentes às visitas dos diretores regionais ou distritais, que ocorriam duas vezes no mês, bem como nos dias de preparativos para os balanços anuais, que correspondiam a 7 dias por ano, das 6h às 2h do dia seguinte, com 2 intervalos intrajornada de 30 minutos cada um;

- no fechamento dos balanços anuais, que correspondia a 1 dia por ano, das 6h às 12h do dia seguinte, com 3 intervalos intrajornada de 20 minutos cada um.

Por relevante, destaco que as informações prestadas pela testemunha indicada pela Parte Autora tiveram maior relevância para a fixação da jornada do que aquelas prestadas pela testemunha arrolada pela Parte Reclamada.

Isso porque a testemunha indicada pelo empregado vivenciou as mesmas situações enfrentadas pela Parte Autora, pois também

trabalhava para a Parte Reclamada na função de gerente quando os ocupantes de tal cargo não registravam os horários cumpridos. Assim, a referida testemunha se encontra em melhores condições de fazer afirmações acerca da jornada de trabalho.

Defiro, pois, horas extras excedentes à 8ª diária ou 44ª semanal (observado o maior somatório semanal, ou seja, aquilo que for mais benéfico à Parte Reclamante), pela extrapolação da jornada normal, no período de 19.10.2011 a 30.09.2015, observando-se a jornada de trabalho acima fixada, e, por força da habitualidade, defiro reflexos em RSR, 13º salários, férias + 1/3 e em FGTS + 40%.

Ao contrário do que sustenta a Parte Reclamada, não há de se cogitar no pagamento apenas das horas que superaram a 44ª semanal, na medida em que não havia sido firmado qualquer acordo para compensação de horas especificamente com a Parte Autora no período de condenação.

Em relação ao período contratual posterior a 30.09.2015, esclareço que ele não se encontra abrangido pelo pedido formulado na inicial, uma vez que a causa de pedir concernente às horas extras pela extrapolação da jornada normal se refere expressamente apenas ao período no qual a Parte Autora não registrava a jornada de trabalho nos cartões de ponto.

No aspecto, pontuo que o Juiz deve se ater aos estritos limites da lide, estabelecidos pela inicial e defesa, aplicando o direito aos fatos, em estrita observância ao princípio da adstrição, sob pena de extrapolação de sua função jurisdicional, mediante a prolação de sentença *extra* ou *ultrapetita* (artigos 141 e 492 do CPC).

Lado outro, como a Parte Autora labutava mais de 6 horas diárias, fazia jus a um intervalo mínimo de uma hora, nos moldes do art. 71 da CLT, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, haja vista que o Egrégio TST já estancou as dúvidas quanto à concessão total ou parcial do intervalo para alimentação, através da Súmula 437 do TST, restando firmado que deve ser pago como hora extra punitiva, com natureza salarial, defiro 1 hora extra por dia de serviço (inclusive nos dias de intervalo intrajornada

fracionado), pela inobservância do intervalo intrajornada mínimo legal, no período de 19.10.2011 a 30.09.2015, observada a jornada de trabalho acima fixada, e, por força da habitualidade, defiro reflexos em RSR, 13º salários, férias + 1/3 e em FGTS + 40%.

Não há de se cogitar no pagamento apenas do adicional de 50% sobre o período suprimido, consoante se extrai do § 4º do art. 71 da CLT e da Súmula 437 do TST. Também não vislumbro violação ao princípio da legalidade, uma vez que o § 4º do art. 71 da CLT prevê expressamente o pagamento de horas extras pelo desrespeito ao intervalo intrajornada mínimo legal (ao menos até a sua alteração pela Lei n. 13.467/2017).

Em relação ao período contratual posterior a 30.09.2015, fica indeferido o pleito de pagamento de horas extras pela inobservância ao intervalo intrajornada mínimo legal, uma vez que a Parte Reclamante confirmou, no depoimento pessoal, a veracidade dos controles de jornada, não tendo apontado especificamente qualquer ocasião em que não gozou da integralidade do período de repouso, ônus que lhe competia.

Noutra direção, defiro horas extras correspondentes ao período faltante do intervalo interjornada de 11 horas previsto no artigo 66 da CLT, no período de 19.10.2011 a 30.09.2015, observada a jornada de trabalho acima fixada, e, por força da habitualidade, defiro reflexos em RSR, 13º salários, férias + 1/3 e em FGTS + 40%.

Destaco que o desrespeito ao intervalo interjornada não acarreta apenas penalidade administrativa, sendo devidas horas extras pelo período suprimido, em razão de aplicação analógica do § 4º do art. 71 da CLT, consoante se extrai da OJ 355 da SDI-I do TST.

Em relação ao período contratual posterior a 30.09.2015, fica indeferido o pleito de pagamento de horas extras pela inobservância ao intervalo interjornada mínimo legal, uma vez que a Parte Reclamante confirmou, no depoimento pessoal, a veracidade dos controles de jornada, não tendo apontado especificamente qualquer ocasião em que não gozou da integralidade do período de repouso, ônus que lhe competia.

Por outro lado, em relação ao intervalo do artigo 384 da CLT,

ponto que o referido dispositivo legal não ofende o princípio da igualdade, considerando as diferenças fisiológicas e sociais entre os gêneros, conforme novel decisão do STF proferida no Recurso Extraordinário (RE) 658.312.

Tal preceito permanece válido e vigente (ao menos para períodos laborais anteriores à vigência da Lei n. 13.467/2017), porém com eficácia restrita aos empregados do sexo feminino.

Dessa forma, a Parte Autora, embora tenha prestado horas extras no curso do contrato de trabalho, jamais fez jus ao mencionado período de descanso, justamente por ser homem.

Indefiro, portanto, o pleito de pagamento de horas extras decorrentes da inobservância ao intervalo do art. 384 da CLT.

Por fim, em relação aos domingos e feriados, certo é que o art. 9º da Lei n. 605/1949 e a Súmula 146 do TST dispõem ser devido o pagamento em dobro do serviço prestado em domingos e feriados, caso não seja concedida folga compensatória ao empregado.

Assim, defiro a remuneração dobrada (com adicional de 100%) das horas laboradas nos domingos e feriados (assim considerados aqueles constantes da legislação federal, estadual e municipal pertinente) que não tenham sido objeto de compensação, à exceção dos feriados dos dias 1º de janeiro, 1º de maio e 25 de dezembro, no período de 19.10.2011 a 30.09.2015, observada a jornada de trabalho acima fixada, e, por força da habitualidade, defiro reflexos em RSR (apenas da remuneração dobrada dos feriados), 13º salários, férias + 1/3 e em FGTS + 40%.

Indefiro reflexos da remuneração dobrada dos domingos no RSR, sob pena de se caracterizar *bis in idem*.

Ao contrário do que sustenta a Parte Reclamada, a remuneração dobrada dos domingos e feriados enseja o pagamento de reflexos, por não se tratar de verba indenizatória, mas de efetivas horas extras, as quais são remuneradas, contudo, com adicional de 100%.

Em relação ao período contratual posterior a 30.09.2015, fica indeferido o pleito de pagamento da remuneração dobrada dos domingos e feriados laborados, uma vez que a Parte Reclamante confirmou, no depoimento pessoal, a veracidade dos controles de

jornada, não tendo apontado especificamente qualquer ocasião em que laborou em tais dias e não recebeu folga compensatória ou o respectivo pagamento em dobro, ônus que lhe competia.

Para todas as horas extras neste capítulo deferidas, inclusive para a remuneração em dobro dos domingos e feriados laborados, deverão ser observados os seguintes parâmetros: a evolução salarial da Parte Autora; as Súmulas 264 e 347 do TST; o adicional de periculosidade deferido na presente decisão; adicional noturno de 20% sobre as horas laboradas a partir das 22h (inclusive sobre aquelas laboradas após as 5h, no caso de prorrogação da jornada), observando-se a hora noturna reduzida; frequência integral, exceto períodos de afastamento porventura constantes dos documentos já presentes nos autos; divisor igual a 220; adicional convencional de 100%.

Indefiro reflexos no aviso prévio, assim como nas férias e no 13º salário proporcionais pagos na rescisão contratual, uma vez que a repercussão das horas extras nas mencionadas parcelas se limita à média dos 12 meses anteriores (média duodecimal), e a condenação abrange apenas o período até 30.09.2015, enquanto o contrato de trabalho se extinguiu em 21.12.2017.

Registro que o fato de a Parte Autora ser mensalista não impede os reflexos no RSR, uma vez que o pagamento do salário mensal não engloba a média das horas extras que deve compor o cálculo dos dias de repouso, nos termos da alínea “a” do art. 7º da Lei n. 605/49.

Pontuo ser incabível a incidência da OJ 394 da SDI-I do TST. É que a repercussão do RSR majorado pelas horas extras nas demais verbas pleiteadas não acarreta *bis in idem*, porque essa média não representa a remuneração normal dos repouso semanais, mas apenas a parte referente às horas extras. A propósito, ressalto que o próprio TST, em julgamento de recurso repetitivo, sinalizou pela alteração de entendimento acerca do tema.

Indefiro a aplicação do percentual de 40% a título de adicional noturno, por falta de previsão legal e de disposição nesse sentido nas normas coletivas.

Ao contrário do que sustenta a Parte Reclamada, a hora noturna reduzida prevista na CLT foi recepcionada pela Constituição Federal, pois o rol do art. 7º da CR/88 prevê apenas os direitos mínimos dos empregados.

Da supressão das horas extras - Indenização

Pretende a Parte Reclamante perceber a indenização prevista na Súmula 291 do TST, ante a supressão, a partir de 01.10.2015, de grande parte das horas extras prestadas.

Contrapondo-se, a Parte Ré contesta o pleito.

Analisando a jornada de trabalho fixada em capítulo prévio da presente decisão para o período contratual até 30.09.2015 e os horários de trabalho cumpridos pela Parte Autora a partir de 01.10.2015 (cartões de ponto - f. 375/383), observo que, de fato, houve supressão de grande parte das horas extras prestadas.

Não obstante, o caso vertente não atrai a incidência do disposto na Súmula 291 do TST, em virtude da existência de *distinguishing*, pois a hipótese não se amolda aos pressupostos fáticos e jurídicos para os quais o referido enunciado sumular foi criado.

É que a indenização prevista na Súmula 291 do TST visa a resguardar o empregado da redução salarial abrupta decorrente da supressão inesperada das horas extras que prestava, em observância ao princípio da estabilidade financeira.

Contudo, as horas extras trabalhadas pela Parte Autora até 30.09.2015 jamais lhe foram pagas, tanto é que foram objeto de condenação apenas na presente sentença.

Assim, impossível a Parte Reclamante ter experimentado qualquer oscilação no seu salário em virtude da supressão das horas extras, não havendo sentido, portanto, em se deferir uma indenização que tem o escopo de permitir ao empregado se acostumar com o patamar salarial mais baixo.

Julgo improcedente o pedido.

Do adicional noturno

A Parte Autora pretende receber adicional noturno sobre as horas laboradas após as 22h.

No aspecto, esclareço que a condenação da Parte Reclamada à quitação das horas extras, da forma como deferida, já abrange o pleito de pagamento do adicional noturno, uma vez que foi determinada a inclusão da parcela na base de cálculo das horas extraordinárias.

Por outro lado, em relação ao período contratual posterior a 30.09.2015, o qual não foi abarcado pela condenação ao pagamento das horas extras, certo é que os cartões de ponto (f. 375/383) revelam processualmente que, em algumas ocasiões, a Parte Reclamante prestou serviços para além das 22h.

Contudo, os holerites (f. 384/442) registram pagamentos a título de adicional noturno, não tendo a Parte Autora apontado, sequer por amostragem, qualquer diferença em seu favor, ônus que lhe era atribuído, por se tratar de fato constitutivo do seu direito.

Indefiro.

Do abono pecuniário de férias - Pagamento em dobro

Alega a Parte Autora que usufruía de apenas 20 dias de férias, pois era compelida a “vender” os 10 dias restantes. Pretende, com isso, o pagamento em dobro dos abonos pecuniários de férias.

A Parte Reclamada, por sua vez, sustenta que a conversão de parte das férias em abono pecuniário ocorria por mera vontade da Parte Autora.

Vejamos a prova oral:

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA BERNARDO GASPAS SILVA ROSA, INDICADA PELA PARTE AUTORA: “[...] que o diretor impunha aos gerentes a venda de dez dias de férias.” (grifo nosso)

Como se vê, ficou demonstrado que a Parte Ré não permitia que seus empregados usufruíssem 30 dias de férias, o que constitui violação ao disposto no art. 130 da CLT.

Vale dizer que, nos termos do art. 143 da CLT, a conversão de 10 dias de férias em abono pecuniário constitui uma faculdade do empregado e não um direito do empregador.

Por relevante, destaco que a violação ao art. 143 da CLT não constitui mera infração administrativa, pois a “venda” obrigatória de férias corresponde exatamente à não concessão dos 10 dias de férias na época oportuna, atraindo, portanto, a aplicação do art. 137 da CLT.

Assim, defiro à Parte Reclamante o pagamento, em dobro, dos 10 dias de férias não usufruídos, relativos aos períodos aquisitivos de 2010/2011 a 2015/2016 (em observância à prescrição pronunciada, bem como ao art. 149 da CLT).

Indefiro os reflexos pleiteados, em virtude da natureza indenizatória da parcela ora deferida.

Da indenização por danos existenciais

A Parte Reclamante pretende receber indenização por danos existenciais, em virtude das jornadas exorbitantes de trabalho a que era submetida.

Para que se configure a responsabilidade civil subjetiva e o empregador possa ser condenado a pagar indenização por danos existenciais, são requisitos necessários e simultâneos: a) a evidência do dano ocorrido; b) a constatação do nexo causal com o trabalho; e c) a comprovação do ato ilícito praticado pelo empregador e a caracterização da culpa deste em qualquer grau.

Ocorre que, muito embora tenha sido constatada a prestação de horas extras, conforme exposto em capítulo prévio da presente decisão, os alegados danos ao convívio social e aos projetos pessoais de vida não podem ser aferidos *in re ipsa*, sendo necessária a sua efetiva comprovação, ônus que competia à Parte Reclamante, nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC.

Nesse sentido é o entendimento do C. TST, conforme se extrai do seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a imposição ao empregado de jornada excessiva, por si só, não implica ato ilícito que enseje o pagamento de indenização a título de dano existencial, especialmente quando não comprovado o prejuízo que lhe tenha advindo, ônus que cabe ao trabalhador por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido. (grifos nossos)
(RR-129-15.2013.5.04.0001 Data de Julgamento: 02.12.2015, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04.12.2015.)

E, como a Parte Autora não se desvencilhou do ônus que lhe era atribuído, pois não produziu qualquer elemento de prova apto a demonstrar processualmente os danos ao convívio social e aos projetos pessoais de vida, julgo improcedente o pedido.

Da indenização por danos morais

A Parte Autora alega que foi exposta a constrangimentos e humilhações, pois era obrigada a participar do “grito de guerra” da empresa, inclusive dançando e rebolando, bem como por ter levado “tortada na cara” quando não cumpriu as metas impostas pela Parte Reclamada.

Pleiteia, portanto, indenização por danos morais.

Para que se configure a responsabilidade civil subjetiva e o empregador possa ser condenado a pagar indenização por danos morais, são requisitos necessários e simultâneos: a) a evidência do dano ocorrido; b) a constatação do nexo causal com o trabalho; e c) a comprovação do ato ilícito praticado pelo empregador e a caracterização da culpa deste em qualquer grau.

Vejamos a prova oral produzida no aspecto:

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA BERNARDO GASPAR SILVA ROSA, INDICADA PELA PARTE AUTORA: “[...] que foi admitido em 2010, na função de gerente de departamento, tendo sido dispensado pelo que se recorda em outubro de 2016; [...] que presenciou as ocasiões em que houve torta na cara de não batimento de metas, já tendo o autor recebido, na frente dos demais gerentes; que havia duas reuniões de piso para o grito de guerra durante a jornada diária, com participação obrigatória dos gerentes, tendo eles que rebolar o cântico de guerra da reclamada, perante os clientes.” (grifos nossos)

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA PEDRO HENRIQUE SANTOS SILVA, INDICADA PELA PARTE RECLAMADA: “[...] que trabalhava na reclamada desde março de 2015; [...] que não pegou período em que ocorriam danças e cantos nessa reunião, sendo que atualmente não ocorre mais essa prática; que sabe que já ocorreu 1/2 vezes de gerente levar tortada na cara, não acontecendo isso mais.” (grifos nossos)

É de se observar que, apesar de a Parte Reclamada ter cessado as práticas descritas na inicial, restou processualmente comprovado que a Parte Reclamante foi vítima de tais condutas quando elas ainda eram fomentadas pela empresa.

A testemunha indicada pelo empregado revelou, inclusive, que a Parte Autora recebeu “tortada na cara” e era obrigada a rebolar o “grito de guerra” da empresa, assim como os demais gerentes.

Registro que a imposição de “grito de guerra” não configura, por si só, qualquer violação a direito da personalidade. Todavia, no caso vertente, a Parte Reclamante também era obrigada a rebolar perante outras pessoas, inclusive clientes.

Assim, certo é que a prática adotada pela Parte Reclamada se revela extremamente abusiva, extrapolando os limites de tolerância e razoabilidade no que tange à cobrança de metas.

Aliás, a conduta da empresa configura assédio moral em larga escala, mais conhecido como *straining*, assédio moral organizacional ou gestão por estresse, na medida em que a própria forma utilizada para gerenciar o trabalho dos empregados e motivá-los para um

melhor desempenho acaba por submetê-los a situações de estresse e constrangimento desnecessárias e reprováveis.

E isso constitui conduta antijurídica que viola os direitos da personalidade dos trabalhadores, notadamente a honra, a imagem e a dignidade, causando-lhes danos morais.

Ponto que o fato de a Parte Reclamante não ter ajuizado ação trabalhista logo que as práticas abusivas começaram não configura perdão tácito, tampouco comprova a inexistência ou a baixa gravidade das lesões de cunho extrapatrimonial, uma vez que o empregado dispõe do prazo prescricional disposto no inciso XXIX do art. 7º da CR/88 para demandar contra o empregador, o que foi observado no caso vertente.

Ademais, é de se ter em linha de consideração que, em virtude da situação de hipossuficiência do trabalhador e da sua subordinação face ao empregador, a exigência de certa imediatividade deve ser mitigada.

Por esses fundamentos, e atentando para os critérios previstos no art. 223-G da CLT, especialmente para a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento/humilhação, o caráter pedagógico/sancionador da indenização e a capacidade financeira do ofensor, bem como observando o parâmetro estipulado no inciso III do § 1º do mesmo dispositivo legal, defiro à Parte Autora R\$ 50.000,00 a título de indenização por danos morais.

Da compensação/dedução

Não há que se falar em compensação, pois a Parte Reclamada não é credora da Parte Autora nestes autos. Incabível a dedução, por não haver verbas deferidas sob os mesmos títulos pagas parcialmente.

Da justiça gratuita

A Parte Autora pleiteia os beneplácitos da justiça gratuita. Com fulcro no § 3º do art. 790 da CLT, defiro o benefício.

Dos honorários periciais

Cabe à Parte Reclamada, sucumbente na pretensão objeto da perícia, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais (CLT, art. 790-B).

Considerando a segurança demonstrada pelo perito em seu mister; a complexidade das matérias envolvidas; o conjunto de material fático examinado; e as horas trabalhadas por estimativa, arbitro os honorários definitivos do perito oficial Ronaldo Andrade da Paixão em R\$ 1.000,00.

Dos honorários advocatícios

Diante dos termos da Lei n. 5.584/1970 e da jurisprudência cristalizada nas Súmulas 219 e 329 do C. TST, é devido o pagamento de honorários advocatícios quando preenchidos os seguintes requisitos: a) sucumbência do empregador; b) miserabilidade do empregado; c) assistência sindical.

Contudo, a Parte Reclamante não se encontra assistida pelo seu Sindicato de Classe, não fazendo jus, pois, aos honorários advocatícios.

Por relevante, esclareço que as disposições da Lei n. 13.467/2017 não se aplicam à reclamatória vertente, haja vista que a demanda foi ajuizada antes da vigência do referido diploma normativo.

Indefiro.

Dos juros e correção monetária

Juros de mora na forma da Lei n. 8.177/1991, 1,0% ao mês, simples e *pro rata die*, contados do ajuizamento da presente reclamatória. “Os juros de mora incidem sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente.” (Súmula 200 do TST).

O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o

índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º. (CLT, art. 459; Súmula 381 do TST)

Especificamente em relação à indenização por danos morais, a correção monetária incide desde a data do arbitramento, ou seja, a partir da publicação da presente sentença (Súmula 439 do TST).

Quanto à correção monetária, deverá ser observado o critério estabelecido pelo Pleno do C. TST, no julgamento do Processo ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, inclusive quanto à modulação temporal.

Registre-se que o C. STF, em 05.12.2017, julgou improcedente a Reclamação RCL 22.012 MC/RS, ajuizada em face da decisão do TST no referido processo (ArgInc-479-60.2011.5.04.0231), em que foi pronunciada a inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 39 da Lei n. 8.177/1991 e determinada a adoção do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), por se tratar de índice que permite a justa e a adequada atualização de débitos trabalhistas comparado à Taxa Referencial Diária (TRD).

Assim, adotando-se os parâmetros da referida decisão, em face da modulação de efeitos, deverá incidir o índice TRD até 25.03.2015, observada, porém, a preservação das situações jurídicas consolidadas resultantes dos pagamentos efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos, em virtude dos quais foi adimplida e extinta a obrigação, ainda que parcialmente, e o IPCA-E, a partir de 26.03.2015.

Neste sentido, o seguinte precedente do C. TST:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 39 DA LEI 8.177/91. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. ÍNDICE APLICÁVEL. IPCA-E. 1. Esta Colenda Corte, em julgamento plenário realizado no dia 04.08.2015, examinou a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela Egrégia 7ª Turma deste Tribunal, nos autos do AIRR-479-60.2011.5.04.0231, e pronunciou a inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 39 da Lei 8.177/91, elengendo como fundamento a *ratio*

decidendi exposta pela Excelsa Corte, no julgamento das ADIs 4357, 4372, 4400 e 4425. 2. Ainda na mesma ocasião, determinou esta Colenda Corte a modulação dos efeitos da decisão, a fim de que os créditos trabalhistas alvos de execuções judiciais fossem corrigidos pelo IPCA-E a contar de 30 de junho de 2009 (data posteriormente retificada para 25.03.2015, por ocasião do exame de embargos de declaração), observada, porém, a preservação das situações jurídicas consolidadas resultantes dos pagamentos efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos, em virtude dos quais foi adimplida e extinta a obrigação, ainda que parcialmente, sobretudo em decorrência da proteção ao ato jurídico perfeito (artigos 5º, XXXVI, da Constituição e 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LIDB). 3. Em face da relevância da matéria e de seus expressivos impactos econômicos, a Federação Nacional dos Bancos (Fenaban) apresentou ao Excelso Supremo Tribunal Federal a Reclamação Constitucional n. 22.012, distribuída ao Ministro Dias Toffoli, sobrevivendo decisão deferitória de liminar, “para suspender os efeitos da decisão reclamada e da ‘tabela única’ editada pelo CSJT em atenção a ordem nela contida, sem prejuízo do regular trâmite da Ação Trabalhista n. 0000479-60.2011.5.04.0231, inclusive prazos recursais.” 4. Nada obstante, seguindo a jurisprudência consagrada no âmbito da própria Suprema Corte, a Segunda Turma do STF julgou improcedente a Reclamação Constitucional n. 22.012. Desse modo, viabilizada a retomada dos debates voltados à adoção de critério adequado para correção dos débitos trabalhistas, deve prevalecer a compreensão desta Corte, no sentido de que a aplicação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), em detrimento da Taxa Referencial Diária (TRD), permite a justa e adequada atualização de débitos trabalhistas, não se cogitando de desrespeito ao julgamento lavrado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4357 e 4425. 5. À luz dessas considerações, impõe-se a adoção do IPCA-E para a atualização dos créditos trabalhistas, não apenas sob a perspectiva da efetiva recomposição do patrimônio dos credores trabalhistas, mas como medida de estímulo efetivo ao cumprimento dos direitos sociais por parte de devedores recalitrantes, que se valem da Justiça do Trabalho, lamentavelmente, para postergar indefinidamente suas obrigações. *In casu*, a decisão do Tribunal Regional, no sentido

de determinar a atualização monetária dos créditos trabalhistas pela Taxa Referencial (TR), implicou afronta ao artigo 5º, XXII, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR-1981-10.2015.5.09.0084, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 06.12.2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.12.2017.)

Das contribuições previdenciárias e do IRPF

Não prospera a pretensão autoral no sentido de que a Parte Reclamada arque com as contribuições previdenciárias e com o imposto de renda de responsabilidade do empregado, porquanto a responsabilidade tributária é estabelecida em lei, não podendo ser modificada mediante decisão judicial, nos ditames do item II da Súmula 368 do TST.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada pela Parte Ré, pronuncio a prescrição quinquenal arguida e julgo extinto o processo, com resolução do mérito, em relação aos pleitos pecuniários anteriores a 19.10.2011, e julgo parcialmente procedentes os pedidos, para condenar a Parte Reclamada, nos termos da fundamentação supra, que passa a integrar este dispositivo, como se aqui literalmente transcrita, remetendo-se as partes aos pleitos deferidos supra, nos moldes acima explicitados, em razão dos modernos princípios da celeridade, simplicidade, efetividade e razoável duração do processo.

Liquidação de sentença por cálculos.

Correção monetária nas épocas próprias, ou seja, o vencimento de cada parcela. Juros a contar do ajuizamento (art. 883 da CLT).

Especificamente em relação à indenização por danos morais, a correção monetária incide desde a data do arbitramento, ou seja, a partir da publicação da presente sentença (Súmula 439 do TST).

Contribuição previdenciária e imposto de renda na forma da Lei, devendo ser recolhidos e comprovados pelas Partes Reclamadas,

depois de devidamente apurados, atentando-se para o cálculo do imposto de renda ao previsto no art. 12-A da Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, disciplinado pelo disposto na Instrução Normativa RFB n. 1.127, de 7 de fevereiro de 2011, observando-se o disposto na OJ-SDI1-400 do TST. Depois de comprovados, deverão ser descontados do crédito da Parte Autora. Quanto à contribuição previdenciária e ao imposto de renda, ambos deverão incidir sobre adicional de periculosidade e reflexos (exceto reflexos em férias indenizadas + 1/3 e FGTS + 40%); horas extras e reflexos (exceto reflexos em férias indenizadas + 1/3 e FGTS + 40%); remuneração em dobro dos feriados laborados e reflexos (exceto reflexos em férias indenizadas + 1/3 e FGTS + 40%); observado, no que se refere à tributação previdenciária, o limite máximo do salário de contribuição e retendo as importâncias correspondentes às contribuições devidas pelo(a) Autor(a), sob pena de execução direta pela quantia equivalente. A Parte Reclamada também deverá comprovar o recolhimento previdenciário devido por ela e pelo(a) Reclamante, juntando aos autos uma via da GPS, no código de recolhimento 2909-CNPJ ou 2801-CEI, conforme o caso, constando da GPS o número do processo e a identificação do(a) reclamante, bem como a guia DARF referente ao IRRF, ambos sob pena de execução.

Ressalto que, ao contrário do que sustenta a Parte Reclamada, a indenização por danos morais não está sujeita à incidência do imposto de renda, por não se tratar de acréscimo patrimonial, mas de parcela que visa a recompor o patrimônio imaterial da vítima.

Parte Reclamada arcará com os honorários periciais, arbitrados em R\$ 1.000,00.

Advirto as partes que a oposição de embargos declaratórios que sejam mera rediscussão de fatos, do direito e das conclusões desta decisão serão entendidos como protelatórios e aplicadas as multas processuais cabíveis.

Custas, pela Parte Reclamada, no importe de R\$ 10.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação, de R\$ 500.000,00.

Intimem-se as partes.

Cumpra-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0010239-86.2018.5.03.0143

Data: 14.06.2018

DECISÃO DA 5ª VARA DO TRABALHO DE JUIZ DE FORA - MG

Juiz Titular: TARCÍSIO CORREA DE BRITO

AUTOR: SINDICATO DOS EMPREGADOS EM INSTITUIÇÕES BENEFICENTES, RELIGIOSAS E FILANTRÓPICAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - SINTIBREF/MG

RÉU: CONGREGAÇÃO DAS IRMÃS CARMELITAS DA DIVINA PROVIDÊNCIA

No dia 14 do mês de junho do ano de 2018, o Juízo da 5ª VARA DO TRABALHO DE JUIZ DE FORA - MG, em sua sede, pela lavra do MM. Juiz do Trabalho, TARCÍSIO CORREA DE BRITO, na AÇÃO DECLARATÓRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E TUTELA DE URGÊNCIA, ajuizada por SINTIBREF/MG - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM INSTITUIÇÕES BENEFICENTES, RELIGIOSAS E FILANTRÓPICAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face de CONGREGAÇÃO DAS IRMÃS CARMELITAS DA DIVINA PROVIDÊNCIA - PROVÍNCIA MADRE BERNADETE - FILIAL JF, proferiu a seguinte DECISÃO:

Apregoadas as partes, ausentes.

1 - DO RELATÓRIO

SINTIBREF/MG - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM INSTITUIÇÕES BENEFICENTES, RELIGIOSAS E FILANTRÓPICAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - propôs a presente ação declaratória com obrigação de fazer e tutela de urgência em face de CONGREGAÇÃO DAS IRMÃS CARMELITAS DA DIVINA PROVIDÊNCIA - PROVÍNCIA MADRE BERNADETE - FILIAL JF, nos termos da petição de id ef7a700, dando à causa o valor de R\$ 2.100,00 para fins de alçada. Acostou procuração e documentos.

Deferida a liminar, restou notificada a ré, que apresentou defesa, procuração, preposição e documentos, impugnando os termos da exordial. Primeira proposta de conciliação rejeitada.

Subsequentemente, a liminar concedida foi revogada pelo juízo.

Segue-se a impugnação do autor.

Sem mais provas a serem produzidas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais orais pelas partes prejudicadas.

Última proposta de conciliação prejudicada.

É o relatório.

2 - DOS FUNDAMENTOS

Medida saneadora - Aplicação das regras do CPC/2015 e da Lei n. 13.467/2017

O artigo 769 da CLT permite a aplicação das normas processuais contidas no CPC/2015 ao procedimento trabalhista, desde que haja compatibilidade com as normas jurídicas (princípios e regras) contidas na CLT, valendo especial destaque para os princípios da proteção, da informalidade e da oralidade, com olhos ainda voltados à unificação processual e à existência de lacunas normativas, axiológicas e ontológicas.

Vale dizer: a regra continua sendo a aplicação das normas trabalhistas em interpretação constitucional conforme, atentos às previsões dos artigos 1º, III e IV; 3º, I, III e IV; 4º, II; 5º, *caput*; 6º; 7º *caput* e incisos; 173, § 1º, I, todos da CF/1988, sem prejuízo de outros valores constitucionais implícitos e explícitos, com o objetivo de resguardar o Estado democrático de direito. Inclusive, essa leitura à base da Constituição poderá ensejar a aplicação das convenções da OIT ratificadas pelo Brasil e dos demais instrumentos internacionais de direitos humanos, bem assim das recomendações da OIT, ainda que não ratificadas, na prevalência dos direitos humanos e com base nas obrigações assumidas constitucionalmente pelo estado brasileiro.

Entretanto, na busca pela objetividade, pela simplicidade e pela efetividade da atuação judicial trabalhista não se poderia simplesmente ignorar as inovações contidas no novo modelo

constitucional da Teoria Geral do Processo Civil e da repercussão das disposições da Reforma Trabalhista aos processos em curso e ajuizados em sua plena vigência tanto no que diz respeito ao direito material quanto ao direito processual.

A busca por uma tutela jurisdicional justa, equânime, eficaz e célere passa a ser a meta dos novos tempos, pois a sociedade clama por uma Justiça valorativa e atenta à realidade social em constante busca do equilíbrio de forças.

Nesse contexto, para o CPC/2015, a tutela dos direitos deve ser apreendida em dupla dimensão: a tutela aos direitos das partes, calcada no direito de colaboração, no direito de influência e no dever de debate e a tutela ao direito para unidade do sistema jurídico.

Essa segunda dimensão da tutela concebe os Juízes de primeiro grau como órgãos de controle e de jurisprudência. A nova norma processual procurou, para além da mera instrumentalização valorativa das normas de procedimento, compatibilizar-se com as exigências do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva, justa e tempestiva, como se observa pela própria previsão do artigo 8º do CPC/2015.

Nesse contexto, na realização dos princípios constitucionais que pautam o processo e o procedimento trabalhistas, objetiva-se, igualmente, a realização dos direitos materiais pressupostos: direitos sociais fundamentais resguardados pela Constituição Federal. A aplicação ao Processo do Trabalho dos novos ares trazidos pelo CPC/2015 deve ser compatibilizada com os princípios (peculiares) processuais trabalhistas, mormente os da proteção e o da informalidade.

A interpretação do disposto no artigo 489 e incisos do NCPD deve ser efetivada a partir da leitura da instrução normativa do TST vigente (IN 39/2016, precipuamente art. 4º e §§) e dos três primeiros enunciados do ENFAM - STJ, que disciplinam os limites do fundamento da sentença; a regra do contraditório e o dever de debate. Nesse sentido, deve ser reconhecida ao Juiz liberdade para interpretar a qualificação que lhe é submetida pelas partes em um

processo de requalificação, ou seja, uma faculdade de interpretação quanto à questão de direito aplicável à controvérsia.

Por fim, menção deve ser feita ao § 3º do art. 489 do NCPC, que assim dispõe:

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

É assim que deve ser pautado todo o processo, abrigando, de um só jato, os atos das partes, dos procuradores, do juiz e de todos aqueles que atuam em Juízo, sempre na busca da justiça social, orientados pelo princípio da boa-fé processual.

Por certo, no que diz respeito ao direito intertemporal das alterações em direito material e em direito processual introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, com as modificações introduzidas pela MP 808/2017, vale destacar o que se segue.

Como já tivemos a oportunidade de problematizar, em publicação de nossa autoria na *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, edição especial, p. 203-269, nov. 2017, para compreender o alcance da Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017, é necessário perceber que “[...] a verdade sobre o mundo não pode ser contida numa única filosofia ou num único sistema de ideias”¹, no contexto de uma sociedade pós-democrática², singular e

¹ John Gray complementa essa ideia afirmando que sente temor e suspeita de qualquer projeto, de natureza intelectual ou política, que objetiva unificar e harmonizar o pensamento humano ou a vida humana em um único sistema. In SPITZCOVSKY, 2016: 114. “O que não percebemos é que muitas das ideias que hoje são tidas como novas, originais e promissoras, na verdade foram desenvolvidas 50, cem ou 150 anos atrás, e eram de fato, na época, erros, mitos ou falácias.” *Ibidem*, p. 118.

² BAUMAN, 2016: 166 e ss. Para o autor, entre os efeitos que caracterizam a pós-democracia podem ser listados: a desregulamentação, enquanto fenômeno generalizante; a insipiente participação dos cidadãos na vida política; o retorno ao liberalismo econômico; o declínio do Estado de bem-estar social; a prevalência de *lobbies*, o que aumenta o poder privado e conduz a política na direção por eles desejada; o *show business* na política, quando técnicas de propaganda são empregadas para produzir consenso; a redução de investimentos públicos; e a preservação dos aspectos formais da democracia. *Ibidem*, p. 167-168.

fragilmente inclusiva.³

No contexto da Reforma, pode-se perceber que os desafios sociais que hoje se apresentam, como reflete Marcelo Braghini em seu diálogo com Roberto Lyra Filho, exigem e exigirão “[...] respostas inovadoras do sistema de normatização das condutas sociais”⁴, inspirando-se no artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que exorta os Estados-partes a estabelecer melhores condições de trabalho justas e favoráveis tanto assegurando uma existência decente aos trabalhadores e aos membros de suas famílias⁵ quanto “igualizando” situações sociais desiguais.

Afirmamos, ainda, que, nessa gramática dos direitos humanos contemporâneos, como nos ensina Valerio Mazzuoli, esses direitos, enquanto considerados o núcleo-chave da normatividade pós-moderna, impõem que todas as normas vigentes interna e internacionalmente sejam interpretadas em conformidade com os direitos humanos, a partir, inclusive, da construção jurisprudencial dos tribunais internacionais enquanto *res interpretata*.⁶ Nessa ordem de ideias, afirmar que o Direito do Trabalho é a condição de possibilidade da existência formalizada do direito fundamental ao trabalho digno⁷ e decente significa concordar com Gabriela Delgado, no sentido de que:

[...] considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e consciência de si, além de

³ HABERMAS, 2003: 28-29. “Se lançarmos um olhar em torno do mundo no final do século XX, podemos ver razão para otimismo e pessimismo mais ou menos em igual medida. A expansão da democracia é um exemplo relevante. A julgar pelas aparências, a democracia é uma flor frágil. Apesar de sua difusão, regimes opressivos abundam, enquanto direitos humanos são rotineiramente ludibriados em estados do mundo todo. [...] Nosso mundo em desgoverno não precisa de menos, mas de mais governo - e este, só instituições democráticas podem prover.” GIDDENS, 2000: 90-91.

⁴ BRAGHINI, 2017: 36.

⁵ MAEDA, 2017: 57.

⁶ MAZZUOLI, 2017: 36-37.

⁷ DELGADO, 2015: 27.

realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais e coletivas.⁸

A expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário-militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira. (LAFER, *A internacionalização dos direitos humanos*, p. 13.)

A Lei n. 13.467/2017, que passou a vigor em 11.11.2017, grosso modo, não estabeleceu qualquer regra de transição, em que pese a complexa alteração legislativa por ela introduzida no mundo do trabalho.

Inicialmente, em relação ao Direito do Trabalho, não se há falar na aplicação da Lei n. 13.467/2017 aos contratos encerrados até 10.11.2017, considerando que o art. 2º da MP que perdeu a validade explicitava que a lei somente será aplicada aos contratos vigentes, respeitados o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e *caput* do artigo 6º da LINDB, pois não se pode dar efeito retroativo à lei no tempo, com adoção de efeitos imediatos aos contratos de trabalho extintos antes da sua vigência.

Sob tais premissas, conclui-se que os contratos de trabalho já encerrados, hipótese dos autos, no momento da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, não terão incidência da referida norma, a não ser quanto às questões processuais/procedimentais, ainda pendentes ou a produzirem-se, resguardados os princípios reitores

⁸ *Ibidem*, p. 2.011.

que particularizam o processo do trabalho. Ressalte-se que a presente ação trabalhista foi ajuizada e teve a conclusão da instrução, na fase de conhecimento, antes da vigência da Reforma Trabalhista, não sendo nesse aspecto, por ela, “contaminada”.

Fica o registro, como norte para as análises e para as aplicações dos dispositivos normativos (princípios e regras jurídicas) aplicáveis à presente controvérsia, a partir das inovações trazidas pelo CPC/2015 e pela Lei n. 13.467/2017, consoante entendimento deste Juízo.

Da preliminar de incompetência em razão da matéria

Nos termos do artigo 114, III, é competente a Justiça do Trabalho para as ações de representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores, não mais prevalecendo, desde a promulgação da EC 45/2004, a previsão da Súmula n. 222 do STJ. Rejeito.

Da ilegitimidade passiva *ad causam*

De fato, os artigos 545 e 582 da CLT, com a redação determinada pela Lei n. 13.467/2017, estabelecem a obrigação de as empresas procederem ao recolhimento da contribuição sindical dos empregados que autorizarem prévia e expressamente o recolhimento aos respectivos sindicatos. Na ordem anterior, esse recolhimento recaía indistintamente sobre todos os integrantes da categoria, determinando, inclusive, o ajuizamento de ações de cobrança. Inclusive, em pedido alternativo, o Sindicato Autor, alegando ter implementado os requisitos introduzidos pela alteração legislativa, pretende obrigar o réu a promover os respectivos recolhimentos. Não há espaço, portanto, para afastar a legitimidade passiva do Réu, inclusive, com aplicação da teoria da asserção, para responder aos limites da presente ação, independentemente do pedido incidental de controle de constitucionalidade difuso. Rejeito.

3 - DO MÉRITO

Dos limites impostos pelo próprio direito internacional para sua aplicação no âmbito interno dos estados - Uma introdução necessária diante do argumento de violação das NITs

A história do Direito Internacional revela que a Sociedade Internacional é formada, precipuamente, por Estados igualmente soberanos, inexistindo um direito superior que lhes imponha a sua vontade: será soberana essa ordem no sentido da inexistência de qualquer poder legal superior que possa ser exercido sobre o Estado. São os interesses particulares do Estado que animam a sua ação, ou melhor, a representação que se possa fazer do seu interesse geral. Apenas pelo consentimento (expresso pela assinatura, pela troca de instrumentos que constituam um tratado, pela ratificação, pela aceitação, pela aprovação, pela adesão ou por qualquer outra forma convencionada - nos termos do artigo 11 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969) é que os Estados são considerados obrigados internacionalmente e, via de consequência, no caso de violação da regra convencionada, são responsabilizados internacionalmente pela prática de atos ilícitos.

A partir dessas constatações, é possível reconhecer ao Direito Internacional Público uma tríplice dimensão:

- uma dimensão ideológica que corresponde aos princípios e aos valores de referência que dominam e informam o conjunto do sistema (corresponde a uma função retórica cujo exemplo é o preâmbulo e o artigo primeiro da Carta da ONU);

- uma dimensão organizadora quando apreende a existência material dos Estados e da coletividade humana, enquanto fato jurídico, acrescentando-lhes uma complementação (os princípios que regem a identidade dos Estados, as suas relações com outros sujeitos do direito internacional, os vínculos com sua população, a obrigação de respeitar os direitos humanos e o direito humanitário, a definição da personalidade jurídica e das competências do Estado

corresponde a uma função política; e

- uma dimensão de oficialização/constatação da ordem jurídica que corresponde a uma função burocrática e administrativa enquanto procedimento - por exemplo, a criação e a ação das organizações internacionais e dos procedimentos internacionais com o fim de aplicação do direito (compensação, monitoramento e verificação, contramedidas). Outro exemplo poderia ser as missões de paz da ONU.

As obrigações internacionais podem possuir normatividade atenuada (*soft law*), desprovida de força obrigatória, mas podendo gerar efeitos jurídicos; normatividade acentuada, obrigatória na medida do consentimento dos Estados (*hard law*) e normatividade imperativa, normas reconhecidas e aceitas pela comunidade dos Estados em seu conjunto, resguardando certos princípios internacionais que decorrem de uma legitimidade internacional (*jus cogens* ou direito imperativo). As regras de *jus cogens* representam um corpo de princípios peremptórios ou normas inderrogáveis, enquanto fundamentais para a manutenção da ordem jurídica internacional, a elas se referindo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 nos artigos 53 (Tratados em conflito com uma norma imperativa do direito internacional geral - *jus cogens*) e 64 (Superveniência de uma nova norma imperativa do direito internacional geral - *jus cogens*).

Via de regra, o Direito Internacional é uma ordem normativa cujas regras são aplicáveis em determinado espaço, em relação a determinados sujeitos a quem obriga e relativamente à matéria que as normas regulam, durante certo tempo, na ausência de uma regra superior, que com elas pudesse competir. Hans Kelsen, na obra "*Princípios de direito internacional público*" de 1965, recorda que, sempre ao descrevermos uma ordem jurídica, é necessário distinguir suas esferas de validade espacial, pessoal, temporal e material. Para ele, a ordem jurídica internacional não contém regras que limitem as suas esferas de validade (enquanto considerada como ordem jurídica superior que não se encontra sob nenhuma

outra ordem jurídica). Via de consequência, é possível afirmar que essa mesma ordem não pode ser limitada em nenhuma direção, sendo sua função essencial “limitar as esferas de validade das ordens jurídicas nacionais” (tornando possível a coexistência jurídica dos vários Estados, resguardando a validade simultânea de diversas ordens jurídicas nacionais).

Sedutora é a tentativa de muitos doutrinadores de fazer extrapolar os limites das convenções internacionais do trabalho para os fins do reconhecimento de vícios formais no processo legislativo, o que se sustenta do ponto de vista retórico-discursivo, mas não do ponto de vista prático das relações estabelecidas entre entes soberanos. Exemplo disso é o ataque à Reforma Trabalhista de 2017, a partir de determinadas Convenções da OIT, dentre as quais a desobediência às consultas tripartites, referência expressa à Convenção n. 144 da OIT recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial n. 2.518/1998 que objetiva instrumentalizar o mecanismo de verificação dos processos internos de ratificação e de implementação das normas internacionais do trabalho (NITs), sem a pretensão de interferir no processo legislativo dos Estados que a ratificaram. Trata-se de instâncias absolutamente independentes apesar de, “no desejo”, complementares, não podendo privilegiar a dimensão ideológica das NITs com a dimensão organizadora das regras internacionais aprovadas no âmbito da OIT no contexto do Realismo (prevalência da vontade do Estado nas relações internacionais na apreciação da conveniência e da oportunidade da ação, em que pese a existência de outros atores internacionais como as organizações internacionais e a sociedade civil internacional) enquanto prevalecente nas relações internacionais.

A Organização Internacional do Trabalho que possui, caracteristicamente, uma constituição tripartite é uma Organização Internacional (OI) congregando a vontade de Estados, dos trabalhadores e dos empregadores, enquanto atores da sociedade civil internacional, em ações convergentes para a instituição de regras internacionais mínimas para a proteção do direito do

trabalho individual e coletivo. À exceção do capítulo VII da Carta da ONU que autoriza a atuação do Conselho de Segurança na manutenção da paz e da segurança internacionais, no exercício do direito de legítima defesa, as organizações internacionais, dentre as quais a OIT, integradas por Estados, acabam pautando-se pelos limites da conveniência desses sujeitos internacionais para a adequação de sua pauta decisória, nem mais e nem menos. A realidade, portanto, suplanta o desejo.

A lógica que prevalece é a de eficácia e não a de representação, no sentido de buscar a OIT incentivar a maioria dos Estados a ratificar suas convenções fundamentais, no curso efetivo da década da Declaração de Filadélfia de 1944 à Declaração sobre mundialização dos anos 2000. Enquanto organização internacional, a OIT enfrenta limitações substanciais quanto ao *modus operandi* de conformidade dos Estados à implementação gradativa do patamar mínimo por ela imposto, sendo que sua ação acaba por limitar-se em função da conveniência e da oportunidade de os Estados adequarem as suas respectivas legislações às normas internacionais do trabalho.

Nesse sentido, as convenções internacionais da OIT estabelecem cláusulas de flexibilização e de adequação às realidades de determinados Estados, como forma de oportunizar a ratificação, que é sempre gradativa e progressiva.

Muito tem sido escrito sobre a necessidade de observância das normas internacionais desconhecendo-se a dinâmica de poder das relações internacionais interestatais e do Realismo enquanto matriz disciplinar significativa para o contexto das interações internacionais. Inclusive, até mesmo se confunde a relação do Direito Internacional e o Direito Comunitário (alguns autores possuem formação em universidade europeia), ignorando as particularidades dessa interação no ultramar em se comparando com a prática latino-americana do Direito Internacional.

As incursões dos doutrinadores na seara internacional para a defesa da violação das normas internacionais têm apresentado falácias argumentativas, incongruências consequencialistas e uma

retórica insuficiente que não consegue explicar a complexidade da Sociedade Internacional e compreender os mecanismos da prática em Direito Internacional, quiçá do Direito Internacional do Trabalho.

Para o tema em comento, a Convenção n. 87 da OIT (sobre liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização) que não foi ainda ratificada pelo Brasil, por exemplo, é expressa ao estabelecer que:

Art. 2 - os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Art. 3 - 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação.

A ideia de uma contribuição sindical obrigatória estabelecida por fonte heteronormativa parece problematizar radicalmente o exercício pleno dessa liberdade negativa que é defendida pela própria OIT.

Mesmo trabalhando com a ideia de um patrimônio constitucional comum entre os Estados integrantes da sociedade internacional, a partir do reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, aí incluídos os direitos sociais individuais e coletivos, tese defendida na Declaração final da II Conferência Mundial das Nações Unidas dos Direitos Humanos de 1993, entendo que esse argumento não é suficiente para fundamentar a pretensão autora, considerando-se os limites do pedido de declaração de inconstitucionalidade que não se confunde com eventual controle de convencionalidade. Não se esgota o DIP, apenas e tão somente, em sua dimensão ideológica que parece prevalecer na defesa de uma normatividade exponencial *erga omnes* da norma internacional.

Se assim entender o intérprete, corre-se o risco de precarizar ainda mais a percepção e a efetiva repercussão do Direito Internacional no ordenamento jurídico interno, negligenciando-se o ato para festejar a potência.

Por uma reflexão sobre as contribuições parafiscais - A posição de Sacha Calmon

As contribuições parafiscais constam do artigo 149 da CF/1988 que especifica que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e artigo 150, I e III, sem prejuízo da previsão do artigo 195, § 6º. Trata-se de competência privativa, oponível *erga omnes*.

Para Hugo de Brito Machado, a contribuição social caracteriza-se como de interesse da categoria profissional ou econômica quando destinada a propiciar a organização dessa categoria, fornecendo recursos financeiros para a manutenção de entidade associativa. Assim assevera:

A contribuição prevista em lei, no caso (referindo-se ao artigo 8º, IV, da CF/88) é precisamente a contribuição social a que se refere o artigo 149, restando claro, portanto, que a ressalva está a indicar a entidade representativa da categoria profissional, ou econômica, como credora das duas contribuições. Uma contribuição fixada pela Assembleia Geral, de natureza não tributária. A outra, prevista em lei, com fundamento no artigo 149 da CF/88, é a espécie de contribuição social de que se cuida. (*Curso de direito tributário*, 2016: 427).

De acordo com a lição do tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, pensamento com o qual compartilhamos, referidas contribuições, pelo caráter unilateralmente compulsório, são ontológica e sistematicamente tributos, apenas afetados a finalidades

específicas. Relembra, ainda, o doutrinador que a CF/88 instituiu dois regimes formais relativamente ao processo legislativo das contribuições parafiscais, tudo nos termos do artigo 195, I, II, III e IV, da CF/1988: torna-se, portanto, absolutamente legítimo supor que o processo legislativo para instituir ditas contribuições é o da lei ordinária federal, porquanto não se vê no artigo 149, nem no artigo 195 e incisos previsão constitucional exigindo lei complementar instituidora ou modificativa, como existe para as contribuições sociais em prol da seguridade, meramente virtuais (novas, não incidentes sobre folha de salários e demais rendimentos, receitas/faturamento, lucro ou importações), previstas no artigo 195, § 4º (que faz remissão ao artigo 154 da CF/1988), única exceção. A menção do artigo 146 é para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária.

As contribuições sociais novas não incidentes sobre salários, lucro, receitas ou faturamento, prognósticos e importação exigem lei complementar para serem criadas e ou modificadas e submetem-se, ademais, aos limitativos do artigo 154, I, da CF (proibição de ter fato gerador e base de cálculo idêntica à de impostos e contribuições existentes e não ter natureza cumulativa, por isso que a técnica terá de ser não cumulativa). (*Curso de direito tributário brasileiro*, 2016: 113).

Esse entendimento não pretende afastar, quanto ao princípio da legalidade, o fato de que todas as contribuições parafiscais submetem-se às normas gerais do Direito Tributário, ao regime codificado sem exceção, a teor da remissão do artigo 149 ao inciso III do artigo 146 da CF, sendo tributos regidos pelo CTN, o que não impõe que qualquer modificação tenha que ser instrumentalizada exclusivamente por intermédio de Lei complementar. Com ele, portanto, convive, tanto que, inclusive, o STF chegou a declarar a desnecessidade de edição de Lei complementar para majoração de contribuição, chancelando, por exemplo, a alteração da Lei Complementar n. 70/1991, que instituiu a exação, por Lei Ordinária (RE 487.475 AgR-RJ).

O argumento adotado pelo STF baseou-se na análise da alteração na base de cálculo por intermédio da Lei n. 372/2009, como forma de ofensa à reserva legal, uma vez que, nos moldes do art. 97 do CTN c/c inciso I do art. 150 da CF/1988, a matéria tratada pela Lei n. 372/2009 seria reservada à Lei complementar e não Lei ordinária, conforme o caso.

Ora. O processo legislativo, ao respaldar a exigência de Lei para exigir ou para aumentar tributo, não está a falar da Lei Ordinária ou da Lei Complementar, pois está a dispor sobre a Lei em seu sentido estrito. A Lei Complementar já existe, o Código Tributário Nacional, que foi recepcionado pelo texto maior com tal natureza e traduz as normas gerais a serem aplicadas em tributação; por outro lado, os entes federativos, ao tributar dentro da seara de suas competências, o farão por meio de Lei ordinária. É o que se traduz do disposto no inciso I do art. 150 da CF/1988 e no art. 97 do CTN.

A Lei Ordinária se diferencia da Lei complementar pelo fato de esta vir taxativamente prevista no texto constitucional; sempre que a Constituição quiser que determinado assunto seja tratado por Lei Complementar fará menção expressa, e, quando assim não o fizer, adotará a Lei ordinária. Portanto, temos que a Lei mencionada no inciso I do art. 150 da CF/1988 é, por excelência, a Lei Ordinária. É ela que, em regra, institui, aumenta, extingue ou reduz tributos. E, somente em algumas hipóteses, a CF/1988 estabelece uma reserva à Lei complementar e, nesses casos, o texto maior ressalva expressamente, no caso de determinados tributos, não sendo o caso da contribuição sindical.

Referida contribuição, aliás, foi prevista no artigo 138 da Constituição de 1937, sendo que, em 1943, restou instituído o Fundo Social Sindical e a Comissão do imposto sindical, para o fim de administrar os valores decorrentes de sua arrecadação, conforme previsão do artigo 580 da CLT. A discussão quanto à inconstitucionalidade do imposto sindical já era objeto de debate desde o advento da Constituição de 1946 que, ao que parece, acabou por ser rechaçada pela redação do § 1º do artigo 159 da CF de 1967. A Lei n. 4.589/1964 extinguiu o Fundo e a Comissão e o

Decreto n. 229/1967, alterando a denominação imposto sindical para contribuição sindical, o que já havia ocorrido por intermédio do Decreto n. 27/1966. Já se problematizava se essa cobrança compulsória impunha limite à liberdade sindical (inciso V do artigo 8º da CF/1988) e ao direito de associação, previsto no inciso XX do artigo 5º da CF/1988.

Ressalto que a Lei que extinguiu o Fundo deixou especificado em seu artigo 16 que:

[...] o Poder Executivo, através do ministro do trabalho e previdência social, designará uma comissão composta de representantes do Governo e de todas as entidades sindicais de grau superior para realizar os necessários estudos e apresentar relatório circunstanciado ao titular da Pasta do Trabalho, propondo a extinção ou não do imposto sindical, para efeito no primeiro caso, de envio de mensagem ao Congresso nacional.

O Decreto-Lei n. 27, de 14.11.1966, que acrescentou o art. 217 ao Código Tributário Nacional, mudando a nomenclatura do imposto sindical, passando a chamar contribuição sindical, não mudou sua natureza jurídica de tributo por exação (STF MS n. 28.465 - dada sua proximidade à hipótese traçada no artigo 3º do CTN, especialmente no tocante à compulsoriedade), pois o que importa é seu fato gerador, nos termos do art. 4º do CTN. No preâmbulo do Decreto-Lei n. 27/1966, justifica-se a introdução no CTN da contribuição sindical e das demais referidas, no sentido da

[...] necessidade de deixar estreme de dúvidas a continuação da incidência e exigibilidade das contribuições para fins sociais, paralelamente ao Sistema Tributário Nacional, a que se refere a Lei n. 5.172/66; [...] as patentes implicações das mencionadas contribuições, no tocante à paz social, que se reflete necessariamente na segurança nacional.

O objetivo, portanto, foi bastante preciso e o *dictum* preambular não pode deixar de contribuir com a clara intenção do legislador à época da incorporação do instituto ao CTN.

Há entendimentos no sentido de reconhecer que o artigo 217 do CTN declara, tão somente, que o imposto sindical e a contribuição destinada ao FGTS não devem ser considerados tributos na concepção pura do termo, não se podendo excluir, todavia, a parcela destinada à garantia da União. Não significou a criação de tributo, mas, sim, o estabelecimento de uma garantia do Estado sobre sua eventual cobrança. Por certo, já houve alterações substanciais referentes às contribuições do FGTS sem a necessidade de instituição por Lei complementar.

Não se esqueça, igualmente, da Lei n. 11.648/2008 que estabeleceu que os artigos 578 a 610 da CLT vigorariam até que lei viesse a disciplinar a contribuição negocial vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembleia geral da categoria. Passados 10 anos de sua publicação, não restou suscitada a sua inconstitucionalidade, quem sabe por representar também instrumento legislativo para o reconhecimento formal das centrais sindicais. A facultatividade pretendida pelo legislador, com todas as críticas que possam ser dirigidas à Reforma Trabalhista representaria a violação dos princípios democráticos, em matéria de direito sindical, ou o contrário?

A tese de vinculação do afastamento da compulsoriedade por Lei complementar não se sustenta.

Alguma discussão sobre o controle difuso e os limites da interpretação - Não à juristocracia teológica

O controle de constitucionalidade é a forma prevista pelo ordenamento jurídico para adequar as normas infraconstitucionais à Constituição, tendo como matriz disciplinar o caso *Marbury vs Madison* de 1803 da Suprema Corte americana. No caso do controle difuso, o mesmo é realizado de maneira incidental, sendo que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo nunca se afigura como objeto da demanda, mas como questão prejudicial, cuja resolução por definição é imprescindível ao julgamento do pedido propriamente dito.

À reflexão:

[...] Recentemente tem recrudescido uma espécie de juristocracia delegativa. O agigantamento do Judiciário se dá sob o falso pretexto de que ele é constantemente provocado, logo, deve agir em todo tipo de inércia dos demais Poderes. Todavia, a Constituição não autoriza essa invasão em qualquer hipótese de omissão legislativa ou administrativa. Do mesmo modo, o fato de não obtermos nossas conquistas ideológicas e políticas no campo adequado (político) não nos torna autorizados a fazer seu requerimento pelo atalho do Judiciário, sob pena de delegarmos nossa esfera de liberdade, mais precisamente, nossa democracia constitucional para o Poder Judiciário. (ABBOUD, Georges. Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. In ALVIM, Arruda et al (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional em homenagem a Lenio Streck*, 2017. P. 223-224.)

A sociedade depende do sistema jurídico para obter um mínimo de segurança condicionada pelo direito (segurança e previsibilidade de expectativas jurídicas), o que de modelo central é feito por meio da estabilização de expectativas normativas como expectativas “juridicizadas” como programas condicionais que estão relacionados com a jurisdição constitucional, como elementos de diferenciação funcional do sistema jurídico. [...] O sistema do Direito se relaciona indiretamente com seu ambiente e interage com ele e, para isso, se utiliza dos acoplamentos estruturais dentro do processo de tomada de decisões judiciais e na conformação da jurisprudência, mas sem que se possa exigir a internacionalização de todos os elementos ambientais do conflito. Este decorre da necessidade de que o juiz constitucional produza consistência e adequação no processo decisório, não se permitindo trazer para o interior do sistema questões que não apresentam um quadro mínimo de possíveis soluções jurídicas exatamente porque não há soluções disponíveis no campo da política, da economia ou da religião, para citar exemplos. (VIANA, Ulisses Schwartz. A jurisdição constitucional e seus limites autopoieticos: uma proposta de leitura a partir da teoria dos sistemas. In *Idem*, p. 440 e 446.)

Entendo que o conteúdo político e econômico da discussão suplanta a análise jurídica *stricto sensu* pretendida, extrapolando os limites da declaração de inconstitucionalidade do ponto de vista jurídico.

Volia Bomfim Cassar sugere, em seus comentários à Reforma Trabalhista, a necessidade de resguardo da ampla liberdade sindical, nos moldes da Convenção n. 87 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, ao afirmar que a Lei n. 13.467/17 “[...] representa um grande avanço, pois retira a compulsoriedade da contribuição anual sindical.” Sérgio Pinto Martins reconhece que a alteração legislativa quanto à facultatividade da referida contribuição teve como consequência o fato de ela não mais se encaixar na regra do artigo 149 da CF/88, visto ser a compulsoriedade um pressuposto dos tributos, nos termos do artigo 3º do CTN. Esse entendimento, entretanto, não altera o raciocínio externalizado anteriormente no sentido de não se reconhecer a inconstitucionalidade por violação da previsão do artigo 149 da CF/88, o que sugeriria a argumentação de Pinto Martins.

Em que pese o brilhantismo da análise desenvolvida pelo festejado doutrinador trabalhista Homero Batista Mateus da Silva (*Comentários à Reforma Trabalhista*, 2017), ousamos discordar de seu entendimento no sentido de que a Lei n. 13.467/17 potencialmente revoga Lei Complementar e dispositivo constitucional, referindo-se aos artigos 110 e 217 do CTN e artigo 8º, IV e 149, da CF/88. Resta, apenas, uma palavra quanto ao artigo 110 do CTN.

Inserido no capítulo IV (da interpretação e da integração na legislação tributária), o artigo 110 estabelece que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de tributos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente pela Constituição, pelas Constituições dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

Para Hugo de Brito, assim restam definidos os limites da interpretação da norma tributária:

[...] se determinado conceito legal de direito privado não for adequado aos fins do direito tributário, o legislador pode adaptá-lo. Dirá que, para os efeitos tributários, ou para os efeitos deste ou daquele tributo, tal conceito deve ser entendido desta ou daquela forma, com esta ou aquela modificação. Essa interpretação é obra do legislador, e não do intérprete, pois este não pode, a qualquer pretexto, modificar a lei. Se o conceito não é legal, mas apenas doutrinário, pode o intérprete adaptá-lo aos fins do direito tributário. [...] Não se há de exigir que a Constituição tenha estabelecido a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas para que estes sejam inalteráveis pelo legislador. Basta que tenha utilizado um instituto, um conceito ou uma forma de direito privado para limitar a atividade adaptadora do legislador. Se a Constituição estabelecesse um conceito, evidentemente este seria inalterável pelo legislador, independentemente da regra do CTN. Aliás, o artigo 110 do CTN tem, na verdade, sentido apenas didático, meramente explicitante. Ainda que não existisse, teria de ser como nele está determinado. Admitir que a lei ordinária redefine conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode e deve reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado destas. (*Curso de Direito Tributário*, 2016, p. 113.)

Como ponderamos, a remissão ao artigo 146, III, tal como lançada no artigo 149 da CF/1988, não faz crer que a alteração implementada pelo legislador reformista tivesse que ser instrumentalizada por intermédio da Lei Complementar. Muito menos, entendemos que houve alteração do CTN e da Constituição via reflexa, como já problematizado anteriormente.

O francês François Martineau, em sua obra *Petit traité d'argumentation judiciaire*, afirma que a qualificação jurídica surge como uma espécie particular de interpretação, estando o juiz livre para interpretar a qualificação que lhe é submetida e que decorre de uma interpretação aparentemente "obrigatória" que as partes fazem dos dispositivos legais e contratuais, por intermédio de um processo de requalificação. A qualificação é, portanto, uma questão

de direito, submetida ao controle das Cortes, ao magistrado sendo reconhecida uma “faculdade de interpretação”, tanto da ordem jurídica, às vezes vaga, quanto dos fatos alegados e das provas produzidas pelas partes. Nesse processo, ele deve inserir a análise da *quaestio vexata* no contexto mesmo dos valores aos quais adere, da concepção que ele tem de sua missão, da justiça e dos vínculos que ele mantém com a equidade, e, mais generalizadamente, de seu papel e de sua utilidade social enquanto operador jurídico.

É nesse contexto que a interpretação permitirá fazer ressurgir uma significação possível de um enunciado, ainda que proposta pelo magistrado, e que deverá apresentar as características de justeza e de validade que conduzem à persuasão. Assim, em seu sentido moderno, uma determinada hermenêutica judicial permitirá a passagem da abstração da regra à realidade das situações concretas, tornando-a operatória e garantindo a sua efetividade.

A partir daí, segundo José Rodrigo Rodrigues, o jurista dogmático não absolutista e legalista, que reflita o direito como um sistema aberto, mutável e histórico, pode criticar a mesma lei ou decisão, afirmando que ela destoa da lógica regulatória adotada neste ou naquele campo, advogar sua modificação ou, ainda, mostrar a dificuldade de torná-la compatível com o sistema jurídico posto, tudo, em função dos problemas jurídicos novos e não de uma visão idealizada do ordenamento jurídico (*Como decidem as Cortes?*, 2013: 120).

Se Luciano Martinez acaba por afirmar que o legislador de 2017 reconheceu que não era possível manter a “[...] teratológica contribuição sindical obrigatória, [...] triunfando, portanto, a liberdade sindical individual negativa” (MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou, 2018: 178), Carlos Eduardo Oliveira comenta, na obra coletiva *Comentários à lei da reforma trabalhista organizada por Oliveira Dias et al* (LTr, 2018: 142 e ss.) que:

[...] apesar da nítida evolução na organização sindical nos períodos pré e pós redemocratização do país, [...] as mudanças ocorridas, algumas delas significativas, não

impediram que as entidades sindicais ainda pudessem ser vistas como apêndices estatais, por conveniência política de seus dirigentes ou do próprio Estado. Com a criação das Centrais Sindicais, arremata, restou acentuado “ainda mais o quadro de dependência institucional, que foi se acomodando e tornando cômoda a situação, especialmente para as entidades pouco representativas.” [...]

Ainda que seja um sério resquício corporativo e atentatório à liberdade sindical, a contribuição compulsória vinha sendo praticamente a única fonte de receitas dos sindicatos de empregados, impedidos de cobrar outras contribuições dos não associados pela jurisprudência dominante. [...] O problema é que o modelo de unicidade compulsória também obriga os sindicatos a representar a totalidade dos integrantes da categoria, criando um desequilíbrio econômico capaz de inviabilizar o funcionamento do sindicato. Portanto, ainda que o fim da compulsoriedade da contribuição pudesse ser visto como um fator de aperfeiçoamento da organização sindical brasileira, a sua modificação, de maneira isolada, só prejudica os sindicatos, e, sobretudo, os de trabalhadores. [...] Sempre estivemos dentre os que sustentam a necessidade de extinção da contribuição compulsória como forma de afirmação da liberdade sindical. No entanto, isso jamais poderia ser feito de forma pontual, sem que houvesse uma ampla reforma sindical, e, ainda, debatida de maneira ampla com os segmentos interessados. O fim dessa modalidade de contribuição, além de gradual - para permitir a adequação dos sindicatos à nova realidade, sem prejuízo às suas atribuições institucionais - deveria ser associada à ratificação da Convenção n. 87 da OIT, à eliminação da unicidade compulsória e ao fim do monopólio da representação.

A percepção de Eduardo Oliveira torna evidente que subsiste certo conteúdo político-ideológico fundamental na rejeição às modificações introduzidas precisamente nos artigos 578, 579, 582, 583 e 602 que passaram a condicionar o desconto da contribuição sindical à autorização prévia e expressa do integrante da categoria profissional e econômica. Ulisses Schwartz Viana lembraria que a jurisdição constitucional (inclusive, no controle difuso de constitucionalidade exercido pelos juízes de primeiro grau com

efeito *inter partes*) deve estar imbuída de sua função social de construção de estruturas sociais harmonizadas e normatizadas, ao considerar as interações do sistema do direito com seu ambiente, sem que se possa exigir a internalização de todos os elementos ambientais do conflito. Entendemos, assim, que a declaração de inconstitucionalidade, considerando-se os seus efeitos no pretensão reconhecimento de uma legitimidade corretiva no controle constitucional do texto legislativo, não deve pautar-se pela concepção política do julgador como fundamento primeiro para o afastamento da norma do ordenamento jurídico para o caso concreto.

[...] uma interpretação conforme a Constituição não se dá sem uma atitude jurisdicional condizente com o modo-de-ser-no-mundo-do-Estado-Democrático-de-Direito - até porque o sentido de Constituição que aqui se atribui nada tem a ver com a construção de um Estado de forma abstrata e teórica, mas sim com a consideração dos acontecimentos culturais, sociais, políticos, econômicos, vinculados às forças espontâneas e às tendências dominantes do próprio tempo, convertendo-se na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida - cujo pressuposto é uma decisão não só justificada, mas também fundamentada a partir desses ditames, afastando qualquer palavra sacra que possa vir à tona pela vontade pessoal subjetiva do juiz - teologia jurídica (Democracia, hermenêutica ou barbárie? Ensaio em homenagem a Lenio Streck, por Alfredo Copetti Neto e Glauco Salomão Leite. In ARRUDA ALVIM *et al.* *Jurisdição e hermenêutica constitucional em homenagem a Lenio Streck*, 2017: 123.)

Como já tivemos a oportunidade de problematizar, a complexidade da sociedade moderna e a rapidez das transformações que nela ocorrem exigem uma estrutura jurídica abstrata e geral que permita aos juízes certa liberdade para escolher as premissas e ajustá-las aos fatos jurídicos submetidos a sua apreciação, quando da análise dos casos concretos, exercendo, muitas das vezes, uma efetiva *cognitio incidentalis*, como

reconheceria Mauro Cappelletti. O alcance e a variedade da criação judicial dependem da institucionalidade e das tradições jurídicas de uma determinada comunidade.

O direito é uma ciência argumentativa por excelência.

Não existe decisão absoluta, mas sim a percepção primeira do julgador, a partir das análises possíveis. A discussão não se esgota na primeira apreciação e, muito menos, no controle incidental. O jogo discursivo democrático ainda está em campo, tramitando perante o Supremo Tribunal Federal uma série de ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema. Inclusive, em despacho datado de 30 de maio de 2018, o Ministro do STF Edson Fachin, na Medida Cautelar na ADI 5794/DF, reconheceu que a mudança em apenas um dos pilares fundamentais do sistema sindical pode funcionar como fonte desestabilizadora de todo o regime coletivo, não sendo indicado que se faça de maneira isolada sem o fim da unicidade sindical e da representatividade compulsória. O STF já deu prova de grandes avanços e de grandes retrocessos no Direito Coletivo ao longo das duas últimas décadas. “Não possuindo maioria sólida no Congresso Nacional, o governo evitou a proposta de emenda constitucional, única forma adequada para discutir o pensamento sindical contemporâneo, chacoalhar o artigo 8º da CF e atender ao clamor dos céus em prol da ratificação da Convenção 87 da OIT.” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*, 2017: 129), o que é um fato que não pode ser negligenciado.

Contudo, ainda reflito: não consigo enxergar que a remissão ao artigo 146, III (às normas gerais de direito tributário), determinada pelo artigo 149 da CF/1988, queira significar que, com a incorporação da contribuição sindical ao CTN, exige-se Lei exclusivamente complementar para alteração da compulsoriedade para a facultatividade. O CTN não criou a contribuição sindical que é muito anterior, tendo sido explicitada anteriormente, inclusive, pela análise do Decreto que introduziu o artigo 217 naquele Código a interpretação que se propõe. Resta, portanto, alterado o entendimento por nós expresso quando da antecipação da medida antecipatória após a devida reflexão sobre os limites da lide.

Não se diga que o fim da compulsoriedade representa a revisão da tendência jurisprudencial do STF em reconhecer a oponibilidade *erga omnes* independentemente da filiação enquanto tributo, problematizando a cobrança de outras contribuições instituídas pelas entidades sindicais. Por outro lado, procuramos, a partir da teoria do direito tributário, compreender que a discussão merece deixar o campo passional da política em direção ao direito para adentrar no juízo de correção do direito em direção à política que a análise de constitucionalidade impõe, sem preferências políticas ou juristocracia teológica. Não se declara a inconstitucionalidade com fundamento nos efeitos deletérios da supressão da compulsoriedade (perda de receita, repercussão na representação efetiva, supressão de fonte de custeio, reversão da oponibilidade a toda categoria, inviabilização da atuação sindical, todos argumentos de ordem política), mas sim com base em vícios de tramitação, de forma, como afastado pelo juízo anteriormente.

Ressalto que as teses aprovadas no âmbito da ANAMATRA e dos encontros regionais da magistratura trabalhista não vinculam o juízo.

Não cabe ao juízo primevo a última palavra, mas, sim, a primeira reflexão. Revendo, portanto, posicionamento explicitado por este magistrado quando do deferimento de pedidos de antecipação de tutela, reconheço por bem não declarar a inconstitucionalidade dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT.

Do pedido alternativo - Negociado *versus* legislado

Em alusão à prevalência do negociado sobre o legislado, com base na previsão do inciso V do artigo 8º da CF/1988, requereu a Parte Autora fosse declarada legítima a manifestação prévia, expressa dos trabalhadores em Instituições Benéficas, Religiosas e Filantrópicas de Minas Gerais, representados pelo autor, determinando ao réu o cumprimento dos referidos artigos e que emita a GRCSU - Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical Urbana, com o código sindical n. 020.409.89841-9, e fazer o

recolhimento do tributo, ou seja, descontar na folha de pagamento de seus empregados o valor equivalente a um dia de trabalho da remuneração total do empregado, no mês de março de 2018, na forma do inciso I do art. 580 da CLT, e aos admitidos após esta data, na forma do inciso I do artigo 602 da CLT, de forma compulsória, e, após a ciência da decisão, apresentar a relação individualizada de todos os empregados (CAGED), contendo sua respectiva remuneração, nos exatos moldes dos pedidos da inicial.

Nos termos do inciso V do artigo 8º da CF/1988, a contribuição a que se refere é a confederativa e não a contribuição sindical que restou referida na última parte do artigo “independentemente da contribuição prevista por lei”. Esse, o primeiro ponto.

A CCT 2018/2019 estabeleceu, em sua cláusula 53ª, que:

CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA TERCEIRA - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

As instituições são obrigadas a descontar a contribuição sindical dos empregados no mês de março de cada ano e repassá-la no mês de abril, conforme artigo 582 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, uma vez que os empregados da categoria, reconhecendo a necessidade de continuidade da entidade sindical e a soberania das decisões em assembleia, autorizam, expressamente e de forma prévia, o desconto da contribuição sindical anual em seus vencimentos e, sendo a Convenção Coletiva de Trabalho um instrumento coletivo dotado de força legal e reconhecido constitucionalmente através do art. 7º, XXVI, da CF/88, suas cláusulas convencionadas devem ser respeitadas. A compulsoriedade do recolhimento da contribuição sindical, após previsão e autorização em assembleia, é indiscutível, visto que a referida contribuição possui natureza jurídica tributária e, como tal, prevalece seu caráter compulsório, podendo ser alterada apenas por Lei Complementar, conforme arts. 146 e 149 da CF/88, o que até o presente momento não ocorreu.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Aos empregados admitidos após o mês de março, será descontado o valor referente à contribuição sindical no mês subsequente ao de sua admissão e seu repasse ao

Sintibref-MG se dará no mês seguinte ao desconto, conforme artigo 602 *caput* e parágrafo único da CLT.

PARÁGRAFO SEGUNDO

As instituições devem solicitar a guia para pagamento da contribuição sindical anual ou de admissão no mínimo dez dias antes do vencimento da guia, ou seja, até dia 20 de cada mês, através do *e-mail* arrecadacao@sintibref-minas.org.br ou tele/fax: 31 3423-8686 ou 3586-6553.

PARÁGRAFO TERCEIRO

As instituições são responsáveis pelo envio da lista de atualização dos admitidos de cada mês para o *e-mail* arrecadacao@sintibref-minas.org.br ou excepcionalmente via correio.

PARÁGRAFO QUARTO

O comprovante de pagamento da contribuição sindical deve ser enviado ao Sintibref-MG junto à relação dos empregados que contribuíram, conforme § 2º do artigo 583 da CLT, e na falta deste pagamento poderá a entidade sindical promover a respectiva cobrança nos moldes do artigo 606 da CLT.

Do ponto de vista das normas constitucionais, a negociação coletiva é resguardada nos seguintes artigos: artigo 7º, XIV, artigo 8º, VI; artigo 114, §§ 1º e 2º, ambos da CF/1988. Como realização do princípio da dignidade humana, acabam por representar esteio da própria noção de Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que as normas internacionais do trabalho representam diretivas necessárias para a socialização do capital e do trabalho, principalmente dentro do processo maior de globalização financeira, social e de mercados. O fundamental papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dentro do sistema da Organização das Nações Unidas na negociação de convenções e recomendações internacionais é a promoção/efetivação dos direitos humanos no mundo do trabalho, dedicando especial atenção a todos os aspectos das liberdades, aí incluída a sindical.

Certo é que o Comitê de direito sindical da OIT tem sustentado que o direito de negociação coletiva das organizações de empregadores e de trabalhadores, com referências às condições de trabalho, é um elemento essencial da liberdade sindical, devendo

operacionalizar o direito de melhorar as condições de vida e de trabalho daqueles que representam.

Além disso, o Comitê considera que as autoridades públicas deveriam abster-se de intervir de qualquer forma que possa cercear esse direito ou dificultar seu legítimo exercício: semelhante intromissão violaria o princípio de que as organizações de trabalhadores e de empregadores devem ter o direito de organizar suas atividades e formular seu programa de ação com total liberdade.⁹

Tanto os empregadores quanto os sindicatos devem negociar de boa-fé e alcançar esforços para se chegar a um acordo, uma vez que a existência de satisfatórias relações de trabalho depende, em primeiro lugar, das atitudes recíprocas das partes e da confiança mútua que inspiram.

Referência deve ser feita, ainda, à Recomendação n. 91 sobre convenções coletivas, de 1951, e Convenção sobre negociação coletiva, de 1981 (n. 154 - Brasil Decreto n. 1.256/1994 - artigo 5 - 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. 2. As medidas a que se referem o § 1º desse artigo devem prover que: a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que se aplique a presente convenção; b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os incisos a, b e c do artigo 2 da presente convenção (condições de trabalho e de emprego; relações entre empregadores e trabalhadores e entre empregadores e suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores); c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores; d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas; e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam

⁹ OIT, 1993, p. 96.

concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva e convenção relativa ao direito de organização e de negociação coletiva, 1949 (n. 98 - Brasil Decreto n. 33.196/1953 precipuamente em seu artigo 4º que estabelece que:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e as condições de emprego.)

Todo instrumento coletivo deve ser analisado sistemicamente e não particularmente, sob pena de sua descaracterização. (TST-RR 354559 - 5ª T. - Rel. Min. Armando de Brito - DJU 25.02.2000 - p. 273). A teoria do conglobamento retrata a aplicação de um único regime normativo e afasta a possibilidade da simbiose jurídica. (TST-ERR 266447/1996 - SBDI 1 - Rel. Min. Candeia de Souza - DJU 14.05.1999 - p. 00041.)

Referência deve ser feita, ainda, aos princípios da criatividade jurídica da negociação coletiva e da adequação setorial negociada que devem resguardar o patamar mínimo civilizatório, representando o estabelecimento de condições, em geral, superiores à previsão normativa, como bem explicitado na última parte do artigo 7º da CF/1988.

Pois bem.

Superada a discussão quanto à inconstitucionalidade, entendo que o reconhecimento do negociado sobre o legislado impõe ao magistrado considerar as formalidades específicas para a elaboração das normas convencionais, sob pena de respaldar qualquer pretensão que implique fixar obrigações gerais para um universo significativo de integrantes da categoria.

Afinal, o artigo 579 da CLT estabelece que o desconto se encontra condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de determinada categoria econômica ou profissional,

o que é reiterado, *ad nauseam*, nos artigos 582, 583, 587 e 602 da CLT.

Nos termos do artigo 612 da CLT, os sindicatos apenas poderão celebrar normas convencionais por deliberação de assembleia geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 dos associados da entidade, se se tratar de convenção. Nos termos do parágrafo único, o quórum de comparecimento e votação será de 1/8 dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais com mais de 5.000 associados. As condições para a instalação e ocorrência das assembleias encontram-se disciplinadas na Seção III do Estatuto, a partir do documento de id 9ff597c.

O edital de convocação para a Assembleia de deliberação da contribuição sindical foi publicado em 23 de fevereiro de 2018 para a reunião que seria realizada no dia 27 de fevereiro de 2018, no jornal Hoje em Dia (id 0ab444f). De maneira genérica, já havia sido convocada reunião, por igual meio, publicada em 17 de outubro de 2017 para discussão e aprovação de mecanismos necessários para a sustentabilidade financeira da entidade sindical (id 22a945f).

Nos termos da lei, a autorização para desconto da contribuição sindical, por ato voluntário do empregado, deve ser feita perante a entidade sindical, a quem compete, antes da data prevista para o desconto, não apenas publicar os editais previstos no artigo 605 da CLT, não modificado pela Reforma, mas informar ao empregador quais são os empregados por ele representados que deverão sofrer os descontos, em razão da autorização, nos termos do artigo 545 da CLT. Trata-se de ato positivo, manifestação de vontade que não pode ser transferida ao ente coletivo, legitimado por assembleia cuja ata de comparecimento para verificação do número dos presentes nem mesmo restou juntada aos autos para o efetivo cumprimento dos requisitos legais, que devem ser criteriosamente verificados, devendo atentar-se para as previsões da OJ 17 da SDC do TST e PN 119 da SDC do TST, analogicamente quanto à nulidade do estabelecimento de contribuições indistintamente para associados e não associados,

como violação ao princípio da liberdade associativa e de associação, resguardadas pela Constituição.

Nesse sentido, entendo que apenas será possível à entidade sindical exigir o repasse das empresas/das instituições da contribuição sindical dos empregados que expressa e voluntariamente autorizarem, nos moldes do artigo 107 do CCb, referidos descontos, sob pena de caracterizar-se confisco, potencialmente restituível com juros e correção monetária. Observe o Sindicato Autor, que, nos termos do artigo 111 do CCb, “[...] o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

Não é essa a teleologia da alteração dos dispositivos legais ora analisados, *data maxima venia*, não prevalecendo, portanto, a cobrança indistinta da contribuição sindical tal como prevista na cláusula convencional 53ª.

Indefiro, pois, a pretensão autoral quanto à determinação de descontos com base na cláusula 53ª.

Assistência judiciária gratuita

A princípio, a circunstância de os sindicatos serem entidades sem fins lucrativos não lhes confere o direito à gratuidade judiciária, benefício que se destina ao empregado, consoante se constata pela redação da Lei n. 5.584/1970, que regulamentou a concessão da Assistência Judiciária Gratuita a que se refere a Lei n. 1.060/1950, no âmbito da Justiça do Trabalho, não autorizando a concessão do referido benefício pelo empregador ou pelo sindicato, porquanto os artigos 14 e 18 se dirigem exclusivamente ao trabalhador, valendo acrescentar que o § 1º do artigo 14 da Lei n. 5.584/1970 e o § 3º do artigo 790 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 10.537/2002, ao fazerem referência a salário, limitam a benesse em questão ao empregado. Ato contínuo. Conforme jurisprudência reiterada do c. TST, é possível a concessão da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas de direito privado, desde que comprovada sua hipossuficiência econômica, não bastando a declaração nesse

sentido, mesmo em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos. Não havendo prova cabal da insuficiência econômica do sindicato, improcede o pedido de justiça gratuita.

Diante do teor da declaração contida na exordial, não infirmada por prova em contrário, e tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e no § 3º do art. 790 da CLT, nos termos da OJ 331 da SDI-1 do TST, defiro à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

Quanto à ré, os benefícios da justiça gratuita, por se tratar de organização religiosa, evidentemente, sem finalidade lucrativa, nos termos do artigo 17 de seu Estatuto e da documentação anexa, restam reconhecidos.

Dos honorários sucumbenciais

Devidos honorários sucumbenciais à parte ré, no importe de R\$ 300,00, valor arbitrado por critério de proporcionalidade e de razoabilidade, uma vez ajuizada a ação após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017.

4 - CONCLUSÃO

Diante do exposto,

- rejeitando a preliminar de incompetência *ex ratione materiae*;

- rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva do réu;

- no mérito propriamente dito, julgo **IMPROCEDENTE** a AÇÃO DECLARATÓRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E TUTELA DE URGÊNCIA ajuizada por SINTIBREF/MG - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM INSTITUIÇÕES BENEFICENTES, RELIGIOSAS E FILANTRÓPICAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face de CONGREGAÇÃO DAS IRMÃS CARMELITAS DA DIVINA PROVIDÊNCIA - PROVÍNCIA MADRE BERNADETE-FILIAL JF, nos termos e nos limites dos fundamentos que integram o presente dispositivo.

A princípio, a circunstância de os sindicatos serem entidades sem fins lucrativos não lhes confere o direito à gratuidade judiciária, benefício que se destina ao empregado, consoante se constata pela redação da Lei n. 5.584/1970, que regulamentou a concessão da Assistência Judiciária Gratuita a que se refere a Lei n. 1.060/1950, no âmbito da Justiça do Trabalho, não autorizando a concessão do referido benefício pelo empregador ou pelo sindicato, porquanto os artigos 14 e 18 se dirigem exclusivamente ao trabalhador, valendo acrescentar que o § 1º do artigo 14 da Lei n. 5.584/1970 e o § 3º do artigo 790 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 10.537/2002, ao fazerem referência a salário, limitam a benesse em questão ao empregado. Ato contínuo. Conforme jurisprudência reiterada do c. TST, é possível a concessão da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas de direito privado, desde que comprovada sua hipossuficiência econômica, não bastando a declaração nesse sentido, mesmo em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos. Não havendo prova cabal da insuficiência econômica do sindicato, improcede o pedido de justiça gratuita.

Diante do teor da declaração contida na exordial, não infirmada por prova em contrário, e tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei 5.584/1970 e no § 3º do art. 790 da CLT, nos termos da OJ 331 da SDI-1 do TST, defiro à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

Quanto à ré, os benefícios da justiça gratuita, por se tratar de organização religiosa, evidentemente, sem finalidade lucrativa, nos termos do artigo 17 de seu Estatuto e da documentação anexa, restam reconhecidos.

Devidos honorários sucumbenciais à parte ré, no importe de R\$ 300,00, valor arbitrado por critério de proporcionalidade e de razoabilidade, uma vez ajuizada a ação após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017.

Custas, pelo Sindicato-autor, no importe de R\$ 42,00, calculadas sobre R\$ 2.100,00, valor ora arbitrado à causa para fins de alçada.

Intimem-se as partes.

Nada mais. Encerrou-se.

HOMENAGEM

HOMENAGEM



Artigo elaborado pelo Juiz aposentado
Dr. HEROS DE CAMPOS JARDIM

UNIVERSO SOCIAL – UNIVERSO CÓSMICO

Heros de Campos Jardim*

Vezes sem conta, em meus estudos no campo do Direito do Trabalho, ao analisar o núcleo onde se concentram e se desenvolvem os seus elementos essenciais – o contrato de trabalho –, transponho o meu pensamento para o mecanismo do universo cósmico e passo a ver, na formação dos astros, nas suas trajetórias, nas suas áreas gravitacionais e nos inumeráveis fenômenos que disso decorrem, algo semelhante às origens de um relacionamento contratual trabalhista e sua consequente dinamização, com toda gama de acontecimentos jurídicos e sociais que o cercam.

Descortino, no equilíbrio cósmico, a harmonia social, na qual o direito fulgura como força ponderável ao procurar manter o relacionamento humano nos limites adequados a uma convivência digna e permanente. No *"alterum non laedere, suum cuique tribuere"* dos romanos, reconheço as regras da mecânica celeste, também anelando conservar os astros nos seus devidos lugares, seguindo rotas predeterminadas, convivendo com a própria matéria que os formou e que, através de múltiplas reações, assinalam-lhes as características e peculiaridades.

* Promotor de Justiça da Comarca de Ervália, MG. Juiz de Direito da Comarca de Alpinópolis, MG. Juiz do Trabalho Presidente da JCJ de Governador Valadares, MG. Juiz Presidente da JCJ de Barbacena, MG. Juiz Presidente da 1ª JCJ de Belo Horizonte, em cujo o exercício se aposentou. Membro do Centro de Estudos Astronômicos do Estado de Minas Gerais, do qual foi um dos fundadores.

NASCIMENTO DAS ESTRELAS - NASCIMENTO E ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO

No pulsar candente da matéria cósmica, no agregar de suas partículas fotoelétricas que se interpenetram e condensam, nasce uma estrela. Daí eclodem luz e calor. Conseqüentemente, vida.

Na complexidade do ambiente social em que o homem vive imerso, na interdependência dos interesses empresariais e da força de trabalho, que constituem os polos do regime capitalista, na assimilação do labor humano pelo titular da atividade econômica, com os fatores de subordinação, onerosidade e não eventualidade, nasce um contrato de trabalho.

O ajuste trabalhista, em inúmeras oportunidades, desponta da conjugação de fatos que se repetem sob a forma de um exercício laborativo em benefício de outrem, que o aproveita como elemento impulsionador dos objetivos econômicos visados. São partículas eletrizadas pelo interesse de cada parte que o direito vem proteger, tal qual um campo gravitacional a comandar a eclosão dos astros nas infinitas regiões do céu.

Se as partes já estabelecem a contratação, diríamos que a força criadora de Deus fez brotar um corpo celeste com desígnios definidos.

Não seria o planeta Terra, fruto do parto cósmico da primitiva nebulosa, uma decorrência desse desiderato divino como afirmação de seus planos?

Pois bem.

Resultantes de um acontecimento fortuito ou da vontade comandada pelas intenções

imperscrutáveis de Deus, aquela massa original se dinamiza e se desenvolve, materializando-se em uma série de astros que giram em torno de um núcleo central, porque dele dependem e a ele se subordinam.

Em volta do contrato de trabalho também circulam variadas figuras jurídicas que a lei trabalhista vem regular, seja através de instrumentos próprios, como o décimo terceiro salário, o repouso remunerado, o trabalho temporário e outros institutos, seja nas regras gerais consubstanciadas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Dentre aqueles, diríamos que o pacto de trabalho temporário acima citado, por exemplo, regido pela Lei n. 8.019, de 03 de janeiro de 1974, e pelo Decreto n. 73.841, de 13 de março de 1974, estipulado em virtude de interesses transitórios das empresas, comportar-se-ia como um meteoro, cuja presença no campo de gravitação de um planeta é marcada pela efemeridade, esvaindo-se, na maioria das vezes, em atrito com a atmosfera que o circunda. Ou seja, o titular da atividade econômica reteve sob seu raio de influência o trabalhador, enquanto serviu às necessidades passageiras, fazendo-o brilhar, por breve período, no firmamento das conveniências empresariais.

São fulgores esparsos que se instalam, sem maiores repercussões, nas estruturas do relacionamento pessoal entre a empresa e o trabalhador.

Naquelas, isto é, nas normas inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, avulta a alteração contratual, cuja validade está

condicionada à inexistência de prejuízo para o obreiro, a teor do artigo 468. Mediante mútuo consentimento, os contratantes podem mudar a órbita dentro da qual se desenrolam os atos executórios do ajuste trabalhista, emergindo reestruturações até mesmo substanciais na avença laborativa.

Igualmente, as rotas planetárias e cometárias podem ser modificadas pela interferência de um corpo de maior porte, cuja proximidade projeta influências altamente comprometedoras. Tem-se notícia de cometas periódicos que retornam às cercanias da Terra com aparências renovadas pelo bombardeamento de raios interestelares a que são submetidos. Suas órbitas, várias vezes, alteram-se pelo poder de atração de potentados espaciais, como o planeta Júpiter, reencetando, então, novas jornadas pela vastidão dos espaços.

No fenômeno social, é o magnetismo do interesse dos pactuantes, ao arrojarem a prestação laboral, e o seu aproveitamento, para áreas diferentes das até ali percorridas, dando ao contrato de trabalho feição diversa, numa transformação que, sensibilizando patrão e empregado, reflete-se no universo comunitário, no qual a empresa se integra como componente de suma relevância.

Anulam-se, porém, tais influências, se padece dano o empregado, como o corpo celeste que, com o aproximar de outros astros, nenhuma perturbação logra exercer, à falta de condições de volume e massa suficientes. Não havendo legitimidade nos atos patronais, quedam-se nulos os esforços para modificar o laço empregatício, conforme a digressão jurisprudencial que se segue: "A

cláusula do contrato de trabalho bancário que estipula jornada de oito horas é nula, não produzindo, portanto, qualquer efeito." (TRT 3ª Região, RO - 978/79)

SISTEMAS E CONGLOMERADOS ESTELARES - GRUPOS ECONÔMICOS

Se lançarmos nosso telescópio imaginário para outras regiões do céu, vamos encontrar estrelas que giram em torno de um ponto central, formando um sistema estelar próprio, sob efeito de misterioso magnetismo. Descobriremos que a conhecida Alpha, da constelação do Centauro, a estrela mais próxima da Terra depois do Sol, é dupla, constituindo um sistema binário, cada um dos sóis emitindo, distintamente, luz e calor. Se, mais além, focalizarmos as Pleiades, constataremos que se trata de uma concentração mais numerosa de corpos estelares, atraídos por enigmática força em consequência da qual são conduzidos por vias nitidamente definidas.

O que nos sugerem episódios assim senão o consórcio ou conglomerado empresarial a cultivarem aspirações comuns, numa convergência de esforços destinada a enfrentar a luta da concorrência? Unem-se poderosos sóis ou unidades de menores proporções, motivando, para usar a expressão de ARNALDO SUSSEKIND,

[...] a formação de grupos econômicos, cujas empresas participantes, intervinculadas por interesses comuns, empreendem as correspondentes atividades em associação de direito ou de fato. E, dentre as variadas formas de que pode se revestir essa

integração econômica, incumbe destacar o "trust", o "cartel", a coligação de empresas, enfim, nas suas inúmeras e complexas formas. (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar*, p. 74/75, ed. Freitas Bastos, 1960.)

Em tais hipóteses, situaremos o contrato de trabalho a receber a ação de todo o grupo, com colorações singulares de cada componente, mas prisioneiro do aglomerado, que se mostra legalmente responsável, de modo solidário, pela relação de emprego emergente, como o estabelece o § 2º do artigo 2º do Estatuto Obreiro. Observamos a concentração de interesses, a refletir na tutela do empregado, nas diretrizes desse Acórdão:

Tempo de Serviço do Empregado. Empresas do mesmo Grupo. Empregado de grupo empresarial, demitido de uma consorciada e poucos dias depois admitido em outra, conserva íntegro o seu tempo de serviço. Seus direitos, ao ser rescindido o segundo contrato, deverão ser aferidos tendo em vista o período em que trabalhou para o grupo, face à solidariedade passiva estabelecida no § 2º do art. 2º da CLT, e nos termos da Súmula 20 do E. TST. (TRT 4ª Região RO 4.773/79)

MORTE DAS ESTRELAS – O FIM DOS CONTRATOS DE TRABALHO

Todavia, tal como os astros, o ajuste trabalhista possui um ciclo de vida: ele nasce, desenvolve-se e morre. Seu desfecho pode se dar naturalmente ou por acidente que impeça a sua continuidade, desfazendo-o definitivamente.

As estrelas se esvaem, após a maturidade e o envelhecimento advindos da exaustão de suas reações atômicas, até que acabam por morrer, deixando de emitir luz e calor, transformadas em corpos sem vida a vagar pelo espaço incomensurável. Se possuem planetas, estes, por sua vez, perdem as condições necessárias à vida e perecem. Extinto o astro-mor, tombam os que o seguem, embora seja possível o caminhar soturno de todo um sistema exaurido pela imensidão do cosmos.

A morte natural da avença laborativa por prazo indeterminado, que é consequência do exaurimento de seus elementos capitais - a energia do trabalho do empregado e o seu aproveitamento pelo empregador -, verifica-se pela aposentadoria por tempo de serviço ou idade. O relacionamento entre as partes, que se desenvolveu ao longo dos anos, chega a seu declínio e se desfaz dentro das perspectivas já estratificadas pelas regras sociais, do mesmo modo que as leis da mecânica celeste ao inscreverem, nos páramos infinitos, o destino inexorável dos corpos que o povoam.

E, como numa última contratação, são ejetados do núcleo contratual, em benefício do trabalhador, os fulgores de alguns títulos reconhecidamente devidos, concretizados no direito ao levantamento dos depósitos do FGTS (quando optante), no décimo terceiro salário, nas férias indenizadas, como nas demais vantagens que o empregador pode oferecer no ato final do cenário trabalhista, a exemplo do prêmio aposentadoria.

Entretanto, da mesma maneira pela qual um corpo celeste pode vagar sem os esplendores das luzes que ornavam sua superfície e seu invólucro

gasoso, por permanecer, ainda assim, unido à força atrativa central do contrato de trabalho originário, defluem direitos que lhe sobrevivem, seja na manutenção da titularidade do trabalhador à categoria profissional em que se integrou, seja pela própria complementação dos proventos da aposentadoria previdenciária por ato da empresa ou de entidades que lhe são ligadas, indício revelador da importância do ajuste laborativo no concerto social.

Por efeito de acontecimentos incontrolláveis, não se afasta a hipótese da ocorrência de uma catástrofe cósmica, o que ocasionaria, logicamente, o esfacelamento dos astros envolvidos.

A ficção científica nos adverte para episódios desse teor, em que pese a realidade não lhe esteja tão distante assim.

O laço empregatício, do mesmo modo, no seu desenrolar, passa por momentos mais ou menos críticos que fazem estremecer os seus alicerces, os quais, se não muito seguros, levam à ruína todo o contrato.

As justas causas, tanto as motivadas pelo empregado como pelo empregador (arts. 482 e 483 da CLT), solapam os pilares mestres do pacto trabalhista que se assentam sobre a confiança recíproca, minando a marcha normal da relação de emprego. O desfazimento do contrato por justa causa ou falta grave equivale, destarte, a um acidente do qual, pelo menos, uma das partes emerge combalida. A Justiça do Trabalho, então, quando chamada a intervir, procura sanar as feridas e restabelecer o equilíbrio comprometido, assegurando a restauração dos direitos violados.

Menores são os efeitos se o ajuste perece, antes de seu desfecho normal, em virtude de dispensa sem justa causa ou pelo pedido de demissão. Daí não exsurge um cataclismo social, por isso que os interessados preveem os resultados da posição assumida e os buscam reparar, ora com o pagamento, pela empresa, dos ressarcimentos legais, ora com a dação, pelo empregado, do prévio aviso e a estipulação imediata de um novo contrato com outro empregador. Neste caso, são acontecimentos internos que geraram o epílogo do universo contratual, como se, no espaço sideral, as estrelas, por impulsos interiores e fissões mais incisivas do que as previstas, estiolassem-se no curso de uma existência que se esperava mais longa.

Finalmente, se puséssemos sob a mira de nosso telescópio os contratos por prazo determinado e os alojássemos no universo cósmico, poderíamos neles encontrar a configuração das chamadas estrelas "novas", algumas das quais têm um ciclo de vida predeterminado, face à "realização de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada", no conceito das medidas espaciais, evidentemente.

Dada a perda excessiva de hidrogênio e hélio, como fator condicionante de sua própria formação, várias dessas massas estelares podem explodir e desaparecer após uma existência cujo termo final já se inscrevia no âmago de sua composição físico-química.

Os contratos a prazo certo nascem, também, marcados por uma curta duração, pois a lei não admite que sejam firmados por tempo superior a dois anos (art. 445 da CLT). Se vencem essa

etapa, transformam-se em ajustes por prazo indeterminado, como as "novas" que, chegando a uma aparente agonia, lançam gases para a formação de outros astros, conforme nos retrata a belíssima nebulosa anular da Lira, resultado, segundo os astrônomos, da explosão de uma estrela ainda visível em um dos ângulos daquela concentração gasosa e cuja sobrevivência passa a se indeterminar no tempo.

Vê-se, por conseguinte, que há algo de comum entre o universo social e o universo cósmico, entre a sociedade dos homens e a sociedade dos astros. Na Terra, imperam leis escritas ou consuetudinárias que traçam normas para uma convivência adequada aos altos desígnios da humanidade; no espaço, as regras são inscritas no equilíbrio dos corpos celestes, nos caminhos definidos que percorrem, em obediência a um código que somente pode ter sido escrito pelas sapientíssimas mãos do Criador.

ELE se manifesta no coração dos homens e no infinito dos espaços, pois "os céus narram a glória de Deus e o firmamento é obra de Suas mãos".

Em 1986.

SOBRE O ARTIGO DO DR. HEROS DE CAMPOS JARDIM

Márcio Túlio Viana*

Há dois modos, pelo menos, de vermos o Direito.

Podemos vê-lo solto, livre, autoexplicável. Algo assim como uma árvore sem o seu bosque, isolada, perdida, fora da paisagem; e pronta para ser serrada, picotada, destruída ou reconstruída, ao sabor da vontade dos homens.

Se o entendermos assim, o Direito não será diferente de qualquer outra invenção nossa, como um móvel de sala ou uma bicicleta. E a nossa análise a respeito dele será limitada por seu texto, com os seus verbos, vírgulas e frases, como se fosse bastante em si mesmo.

Nesse caso, um contrato de trabalho não será mais do que um contrato puro e simples de trabalho; e mesmo as razões que o fizeram nascer irão se perder com o tempo. De igual modo, cada alteração da lei será obra exclusiva do legislador, e o juiz irá julgar apenas com base em sua letra, automaticamente, quase sem pensar e indiferente ao que possa acontecer.

No entanto, também podemos sentir o Direito em sintonia com outras coisas do mundo, sejam elas racionais ou emocionais, econômicas ou filosóficas, humanas ou divinas. Podemos vê-lo como um átomo em meio a outros átomos, saindo fora de si mesmo, pronto a girar em órbitas alheias.

Assim, o juiz que julgar a justa causa irá pensar, também, no que se passa na fábrica, tentando perceber o seu dia a dia, com as tristezas que cercam o trabalho alienante, repetitivo, e as constrações que desabam não apenas sobre a força de trabalho, mas sobre o próprio corpo do trabalhador.

De forma análoga, o doutrinador que interpretar a *reforma trabalhista* não irá se deter no tecnicismo forense; tentará chegar às suas raízes, às suas razões ocultas. E talvez então perceba, por

*Desembargador aposentado do TRT/MG.

exemplo, que o legislador também pratica fraudes, e que o Direito, infelizmente, é bem menos puro do que pretende parecer.

Na verdade, se nos habituarmos a pensar assim, de uma forma mais crítica e abrangente, podemos elaborar muitas outras ligações. Até o nascer de um contrato talvez nos faça lembrar algum astro nascente; e um contrato que se altera pode nos remeter a uma transformação estelar.

Pode ser que os artigos da lei nos pareçam, então, uma chuva de meteoros; e, aqui ou ali, talvez possamos notar curiosas mudanças de órbitas. Por fim, se deixarmos o campo da ciência, e entrarmos no da ficção, a própria justa causa pode nos fazer pensar em alguma catástrofe cósmica.

Pessoas como o juiz *Heros de Campos Jardim* conseguem ver o Direito assim. Conseguem senti-lo até nas estrelas. Como os passageiros de um avião, podem ver a paisagem inteira, com todas as suas nuances, mesmo sem perder de vista o que há de singular.

Como ele próprio nos ensina, “há algo de comum entre o universo social e o universo cósmico, entre a sociedade dos homens e a sociedade dos astros”. Mas eu também diria que certamente haverá algo em comum entre esta alma sensível, que é a dele, e a própria alma sonhadora do Direito do Trabalho.

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS

À REVISTA DO TRT 3ª REGIÃO

A *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* tem periodicidade semestral, sendo formada por: Composição do TRT; Apresentação; Doutrinas; Decisão Precursora com o respectivo Comentário e Jurisprudência (acórdãos e sentenças).

1 NORMAS EDITORIAIS PARA ENCAMINHAMENTO DE MATÉRIA

- 1.1 A Revista publicará trabalhos inéditos e originais.
- 1.2 Os autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* o direito de primeira publicação dos seus artigos, com isenção de quaisquer ônus.
- 1.3 Os trabalhos serão avaliados quanto a seu mérito (conteúdo científico-jurídico), relevância, interesse e atualidade do tema, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas para respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a autoria e a originalidade do texto, bem como as afirmações, as opiniões e os conceitos emitidos.
- 1.4 A análise inicial dos artigos será feita pelos servidores da Seção da Revista para verificação do atendimento às diretrizes e condições estabelecidas para publicação, quanto à pertinência temática, ineditismo e possível problema de autoria. A segunda análise será feita por pareceristas de elevado saber jurídico-científico e ou professores, com atuação em âmbito nacional e internacional, pelo critério “dupla avaliação cega por pares” ou princípio da imparcialidade, quando não haverá nenhuma identificação do autor e nem de sua titulação.

- 1.5 Os trabalhos que exponham, em tese, as pessoas a situações vexatórias, violando o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, terão os nomes das pessoas envolvidas abreviados, utilizando-se as iniciais.
- 1.6 Os trabalhos deverão ser enviados por *e-mail* para o endereço eletrônico: revista@trt3.jus.br com nome completo do(s) autor(es), endereço, telefone, *e-mail*, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença(m).
- 1.7 A autorização para publicação do trabalho é automática quando do envio da matéria e da aceitação das normas para publicação.
- 1.8 O termo de responsabilidade pela autoria do conteúdo do trabalho encontra-se explícito nas páginas iniciais da Revista e no item 1.3 desta norma.
- 1.9 Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos a(os) seu(s) autor(es).
- 1.10 O(s) autor(es) receberá(ão), quando do lançamento da Revista, 1 (um) exemplar do periódico, se impresso, em cuja edição o trabalho tenha sido publicado.
- 1.11 Os trabalhos recebidos em língua estrangeira serão publicados na Revista impressa e ou digital em sua versão original, ou poderão ser traduzidos para a língua portuguesa, caso seja necessário.
- 1.12 O conteúdo da Revista poderá ser citado, reproduzido, armazenado ou transmitido por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original.

2 FORMATO DE APRESENTAÇÃO

- 2.1 Os trabalhos encaminhados à Revista deverão ser digitados na versão do aplicativo Word (97/2003 ou 97/2004), ambiente Windows. Eles deverão ser salvos em extensão doc e encaminhados via *e-mail para* revista@trt3.jus.br.

- 2.2 Os parágrafos deverão ser justificados; a fonte será arial 11 para o texto, 10 para citações longas, notas e resumos; o espaço interlinear será simples; as margens superior, inferior e laterais terão 1,5 cm; o tamanho papel formato será A-4 (210 x 297 mm).
- 2.3 À Seção da Revista será reservado o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como de adequar os trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- 2.4 A primeira lauda/página deverá conter o título do artigo (em português e inglês), o nome completo do autor, o nome da(s) instituição(ões) a que está vinculado, o cargo que ocupa (tais identificações serão omitidas quando do envio aos pareceristas), bem como o resumo informativo em português de 100 a 200 palavras, que apresentará concisamente os pontos relevantes do texto (NBR 6028-ABNT - Resumos), com suas finalidades, metodologias, resultados e conclusões. Após o resumo informativo, deverão ser relacionadas as palavras-chave, de 3 a 8, em português. O *abstract* (resumo informativo) e as *keywords* (palavras-chave) deverão constar do final do artigo em inglês, para atender à ampla divulgação do periódico. Ao final deverá ser relacionada lista de referências utilizadas no corpo do texto. Os autores citados no decorrer do artigo serão subordinados ao seguinte esquema: (SOBRENOME DE AUTOR, data-ano) ou (SOBRENOME DE AUTOR, data, página). Diferentes títulos do mesmo autor publicados no mesmo ano serão identificados por uma letra após a data. Ex.: (EVANS, 1989a), (EVANS, 1989b).
- 2.5 Citações com até 3 linhas deverão ser inseridas no corpo do texto entre aspas. Caso tenham mais de 3 linhas, deverá ser utilizado parágrafo independente com recuo de 2 cm, sendo a fonte arial 10 com espaço interlinear simples, sem aspas.
- 2.6 As notas de rodapé constituirão “notas explicativas”. Serão anotações concernentes ao texto, mas que não interferirão no desenvolvimento lógico do trabalho. Referências (bibliográficas, eletrônicas etc.) deverão ser colocadas ao final do artigo em

ordem alfabética de autor sempre atualizadas. Regras gerais de apresentação de referências (vide NBR 6023/2002).

A pontuação utilizada na presente norma segue os padrões internacionais.

- 2.7 Para mais esclarecimentos, poderão ser consultadas as seguintes normas da ABNT: NBR 6022; NBR 6023; NBR 6024; NBR 6028; e NBR 10520.

3 A BIBLIOGRAFIA UTILIZADA SERÁ APRESENTADA NO FINAL DO ARTIGO, LISTADA EM ORDEM ALFABÉTICA, OBEDECENDO ÀS SEGUINTE NORMAS:

Livro

SOBRENOME, Nome. (ano). *Título em itálico*: subtítulo. Número da edição, caso não seja a primeira. Local da publicação: nome da editora, data.

Formato eletrônico:

AUTOR. *Título*: subtítulo. Edição. Local (cidade de publicação). Descrição física do meio eletrônico (disquete, CD-ROM etc.) ou Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Autor único: FONSECA, Vicente José Malheiros da.

Até 3 autores: Devem ser separados por ponto e vírgula.

LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette.

Mais de 3 autores: Indica-se o primeiro autor, seguido da expressão *et al.*

PIMENTA, José Roberto Freire *et al.*

Responsabilidade intelectual (Organizadores, Coordenadores, Editores)

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.).

VIANA, Márcio Túlio (Org.).

Instituições (não utilizar siglas)

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa.

Autoria desconhecida ou sem indicação de responsabilidade

A entrada é pelo título, sendo que, apenas, a primeira palavra deve ser grafada em maiúsculo.

TRATADO de ecologia.

NATUREZA da vida.

Outros tipos de responsabilidade (Tradutor, Ilustrador, Revisor etc.)

Tradutor, ilustrador, revisor etc. podem ser digitados após o título da obra.

MOORE, Thomas. *A emoção de viver a cada dia: a magia do encantamento*. Tradução Raquel Zampil. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

Artigo de periódicos

AUTOR. Título do artigo. *Título do periódico*. Local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial-final, mês e ano.

Formato eletrônico

AUTOR DO ARTIGO. Título do artigo. *Título do periódico*. Local, volume, fascículo, páginas, data. Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Dissertações e teses

SOBRENOME, Nome (abreviado). (ano). *Título em itálico*. Local. Número total de páginas. Grau acadêmico e área de estudos [Dissertação (mestrado) ou Tese (doutorado)]. Instituição em que foi apresentada.

Documento jurídico: inclui legislação, jurisprudência (decisões judiciais) e doutrina (interpretação dos textos legais).

Legislação:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) ou NOME DA ENTIDADE (caso se trate de normas). Título. Numeração e data (dia, mês e ano). Elementos complementares para melhor identificação do documento. No caso de Constituições e suas emendas, entre o nome da jurisdição e o título, acrescenta-se a palavra Constituição, seguida do ano de promulgação, entre parênteses.

Ex: BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. *Lex*: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59, p. 196, out./dez. 1995.

Jurisprudência:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) e órgão judiciário competente. Título (natureza da decisão ou ementa) e número. Partes envolvidas (se houver). Relator. Local, data (dia, mês e ano). Dados da publicação que transcreveu o documento.

Ex: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Endereço para correspondência:

Escola Judicial / Seção da Revista
Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30.110-027
Belo Horizonte - MG - Brasil
Fone: 55 (31) 3228-7169
E-mail: revista@trt3.jus.br



TRTMG
ESCOLA JUDICIAL