

**A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA INICIATIVA PRIVADA:
A ORIGEM DO INSTITUTO, A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E A
INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM
AUTORIZADA PELO ART. 4º-A DA LEI Nº 6.019/1974**

Adriana Amberger Araújo*

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo o instituto da terceirização trabalhista no âmbito do setor privado, e, mais especificamente, os limites impostos pela ordem jurídica constitucional ao referido modelo de contratação triangular. Para tanto, apontam-se, inicialmente, o contexto de surgimento e as principais características da terceirização, fruto do desenvolvimento do neoliberalismo a partir da década de 1970. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial brasileira sobre o tema ao longo dos anos, com destaque para a relevante atuação do Tribunal Superior do Trabalho diante da omissão legislativa que persistiu no país até 2017, o que acabou por colocar a Justiça do Trabalho diante do desafio de interpretar o fato econômico com o cuidado que a sua missão institucional exige. Após décadas de silêncio legislativo sobre a terceirização, foram promulgadas, em 2017, as Leis nº 13.429 e nº 13.467, que alteraram substancialmente a Lei nº 6.019/1974. Esta última, em seu art. 4º-A, passou a permitir a terceirização de todas as atividades pelas tomadoras de serviços, incluindo-se as suas atividades finalísticas. Trata-se de previsão que, além de ir de encontro ao entendimento em vigor no país há décadas, deve ser considerada inconstitucional por afronta ao regime de emprego constitucionalmente protegido (arts. 7º a 11 da Constituição), em especial ao princípio da continuidade da relação de emprego; à função social da empresa e da propriedade (arts. 170 e 186 da Constituição); ao valor social do trabalho como fundamento da República, ao lado da livre-iniciativa (art. 1º, IV da Constituição); e ao primado do trabalho como fundamento da ordem social (art. 193 da Constituição), conforme restará adiante demonstrado.

Palavras-chave: terceirização trabalhista; atividade-meio; atividade-fim; Súmula nº 331 do TST; e sistema constitucional de proteção ao trabalho.

**1 A ORIGEM DA TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO E NO BRASIL: A MATRIZ
NEOLIBERAL E AS RELAÇÕES DE TRABALHO RAREFEITAS**

*Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – FDUFBa (2016). Pós-graduada e Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio Educacional (2019).

Inicia-se o estudo de onde é preciso fazê-lo: do começo. Analisam-se, a princípio, as origens da terceirização e o seu contexto de surgimento, primeiro em escala global e, depois, em âmbito nacional, para que seja possível compreender quais os principais motivos para sua rápida e ampla adoção.

A origem da terceirização remonta, sem dúvidas, à crise do sistema capitalista¹ na década de 1970, que atingiu não só os países centrais, onde o modelo capitalista de desenvolvimento havia alcançado seu pleno vigor, mas também os países periféricos, que quase sempre tiveram as suas economias posicionadas a reboque das oscilações positivas ou negativas do capitalismo central (DELGADO, G., 2012, p. 28). Ascendeu, neste momento, o neoliberalismo, modelo de estado mínimo que vestia nova roupagem e incrementava práticas liberais de livre negociação e de abstencionismo estatal.

O neoliberalismo avançou com força avassaladora sobre os países capitalistas - nos Estados Unidos e na Europa ocidental a partir da década de 1970, e, na América Latina, de forma mais acentuada a partir dos anos de 1990 -, com fundamento e compromisso econômicos declarados, procurando, com “a aparência da cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o social” (SALGADO, 1998, p. 37-38). As perspectivas neoliberais eram marcadas pelo seu caráter individualista, que pregava o deslocamento da matriz estatal para o mercado como elemento essencial para o desenvolvimento socioeconômico.

Insta salientar também que, paralelamente ao avanço do neoliberalismo, a crise financeira assolava os países ditos “emergentes”, obrigando-os a se submeterem aos mandos e desmandos das instituições financeiras internacionais - com destaque para a atuação do Fundo Monetário Internacional (FMI) -, que implementavam programas econômicos internos harmônicos às diretrizes liberais e reduziam, portanto, os investimentos públicos em saúde, educação e emprego. Era um ciclo vicioso e sem fim ao qual os governos, àquela época, viam-se completamente atados.

Inevitável e conseqüentemente, as relações de emprego (e de trabalho em geral) em todo o mundo foram fortemente afetadas, o que gerou outra crise - paralela - sem precedentes no sistema trabalhista, inclusive no principal ramo jurídico direcionado a regular tais relações: o Direito do Trabalho. O modelo neoliberal reforçou práticas de mercantilização obreira, especialmente de flexibilização extremada das normas trabalhistas e de desregulamentação

¹ A crise foi deflagrada, à época, principalmente por conta da queda de lucro, agregada ao aumento do preço da força de trabalho; do esgotamento dos padrões taylorista e fordista de produção, que cederam espaço, como será visto, ao modelo toyotista; da hipertrofia da esfera financeira; da maior concentração de capitais em monopólios; da crise do Estado de Bem-Estar Social; e da acentuação do número de privatizações.

dos direitos sociais. Criaram-se contratos atípicos, como, por exemplo, o da terceirização² e o da pejetização³, além da notável multiplicação dos contratos a termo, tidos pelas legislações nacionais como cada vez menos excepcionais. Nota-se que todas essas medidas acabam funcionando como ferramentas que proporcionam um escape à incidência das normas trabalhistas em vigor e que reduzem drasticamente o nível de proteção social do trabalhador, dando origem às relações de trabalho ditas “rarefeitas”.

Nos países da Europa, a flexibilização das formas de contratação de mão-de-obra se intensificou através da figura da parassubordinação⁴, modelo de relação de trabalho situado entre a autonomia e a subordinação que confere ao trabalhador um *status* protetivo inferior àquele dispensado ao empregado na clássica relação de emprego. Esse movimento de flexibilização em específico se iniciou com o desenvolvimento do neoliberalismo na Itália durante o Governo Berlusconi, que, por meio da Lei nº 30/2003, delegou ao Poder Executivo a competência para regulamentar matérias relativas ao emprego e ao mercado de trabalho. Por sua vez, o Decreto Legislativo nº 276/2003 previu uma série de novos tipos de contrato de trabalho autônomo com dependência econômica, situados na “zona cinzenta da parrassubordinação, com a correspondente flexibilização da tutela social, inclusive em termos de remuneração” (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 21). Em países como França, Inglaterra, Portugal, Alemanha e Espanha, embora em menor extensão do que na Itália, a parrassubordinação também tem constituído um terceiro gênero contratual identificado pelo traço da autonomia com dependência econômica.

Nesse ambiente marcado pela lógica da instabilidade⁵, o curto prazo de produção *just-in-time* - que será explicado de forma mais detida logo adiante, por ter tido papel de grande relevância no cenário interno brasileiro - impunha processos ágeis de produção e de trabalho;

² Annie Thébaud-Mony e Maria das Graças Druck (2007, p. 38-42), em notável estudo comparativo do processo de expansão da terceirização no Brasil e na França, avaliam que a terceirização, produto do neoliberalismo, figura, hoje, como elemento central da flexibilização e da precarização do trabalho em um processo hegemônico do capitalismo mundializado, “voltado à desconfiguração do clássico regime de emprego fundado na segurança e na estabilidade das relações de trabalho”.

³ O termo “pejetização” tem sido utilizado pela jurisprudência brasileira para se referir à prestação de serviços pessoais exercidos por pessoas físicas, de modo subordinado, não eventual e oneroso, contratadas, contudo, como pessoas jurídicas, constituídas especialmente para o fim de evitar o reconhecimento do vínculo de emprego e, conseqüentemente, fomentando a ilegalidade e evitando a incidência de normas trabalhistas.

⁴ Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

⁵ De acordo com Guy Standing, um dos maiores doutrinadores no que concerne ao fenômeno de crescimento do precariado no mundo, a característica que diferencia o precariado da massa “comum” de trabalhadores pobres é a ausência de garantias e segurança de trabalho. De acordo com o autor inglês, existem sete formas de garantia que, caso inobservadas, levaram à inevitável precarização de qualquer relação de trabalho: a garantia de mercado de trabalho; de vínculo empregatício; segurança no emprego; segurança do trabalho; garantia de reprodução de habilidade; segurança de renda; e garantia de representação (STANDING, 2015, p. 28).

enquanto isso, no plano ideológico, político e cultural, o pensamento neoliberal reivindicava a flexibilidade das relações de trabalho e a redução dos custos de produção. A terceirização passou a ocupar, então, um lugar de destaque nas formas de gestão de trabalho, por representar uma forma de contratação mais barata, que garante menor segurança e direitos mais rarefeitos para o trabalhador⁶, além da maior facilidade para encerramento do vínculo de emprego, ou seja, com um ônus menor para o empregador.

Tendo sido feito um recorte crítico acerca dos motivos que levaram ao surgimento e à adoção da terceirização em âmbito internacional, faz-se necessária, agora, a exposição dos motivos que, em específico, levaram à implantação do fenômeno da terceirização no Brasil. Saliente-se que os dois processos se deram de forma simultânea, sendo impossível a realização de uma leitura que desassocie ambos.

A terceirização no Brasil é resultado de um processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista⁷ de produção no país, que se estendeu sobretudo a partir da década de 1970, com o surgimento do neoliberalismo em escala mundial, conforme já abordado anteriormente, e com a inserção dos “círculos de controle de qualidade” (DRUCK, 1999, p. 102) nas grandes empresas nacionais. Os CCQ, como eram comumente chamados, consistiam em reuniões periódicas nas quais os trabalhadores, supostamente, poderiam opinar acerca das atividades por eles desenvolvidas. Ao contrário do que aparentavam, essas reuniões acabaram por desempenhar um papel vantajoso para o patronado ao longo do tempo, pois, a partir da demonstração de uma falsa abertura democrática, enfraquecia-se o grande poder reivindicatório dos sindicatos à época.

Em meados dos anos de 1980, as invenções gerenciais traçadas pelo toyotismo, as novas tecnologias de automação e os programas de qualidade total (PQT) foram amplamente adotados pelas empresas do complexo automobilístico, por exemplo, que incorporaram quase que de forma integral o novo modelo de gestão produtiva. Ganha especial destaque, neste ponto, a já mencionada política do *just-in-time*, sistema de administração da produção que

⁶ A questão da ausência da contagem de tempo de serviço de contratos de terceirização trabalhista sucessivos para efeitos do gozo de férias é um dos aspectos que demonstra a natureza rarefeita das relações trabalhistas decorrentes da adoção do instituto da terceirização no Brasil.

⁷ As empresas podem utilizar, concomitantemente, vários modelos de gestão (taylorista, fordista ou toyotista) em seu multifacetado processo produtivo. Nas últimas décadas do século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, predominou, no complexo empresarial, o modelo japonês de produção implantado nas fábricas de automóveis Toyota. Na época, o modelo era ideal para o cenário japonês, um mercado menor, bem diferente dos mercados americano e europeu, que utilizavam os modelos de produção fordista e taylorista. Na década de 1970, em meio a uma crise de capital, o modelo toyotista se espalhou pelo mundo. A ideia principal era produzir somente o necessário, reduzindo os estoques (a partir de uma flexibilização da produção), produzindo em pequenos lotes, com a máxima qualidade, trocando a padronização pela diversificação e produtividade. As relações de trabalho também foram modificadas, pois se exigia dos empregados maior qualificação, participação e aptidão a exercer mais de uma função perante um mesmo empregador.

determina que nada deve ser produzido, transportado ou comprado antes da hora exata, podendo ser aplicado a qualquer organização para reduzir estoques e custos. Com este sistema, o produto ou matéria-prima chega ao local de utilização somente no momento em que se fizer necessário; os produtos somente são fabricados ou entregues a tempo de serem vendidos ou montados. O seu funcionamento está relacionado ao conceito de produção por demanda, no qual primeiramente se vende o produto, para depois comprar a matéria-prima e, posteriormente, fabricá-lo ou montá-lo. O *just-in-time* determina que o estoque de matérias-primas é mínimo, porém suficiente para poucas horas de produção, o que demanda alto nível de treinamento dos trabalhadores, para que possam ser feitas entregas de pequenos lotes com a frequência desejada (LIKER, 2005, p. 76).

No governo de Fernando Collor de Melo e com todo o apoio da mídia brasileira, a partir dos anos de 1990, como ocorreu na maioria dos países latino-americanos, o modelo de gestão toyotista se expandiu intensamente por todos os setores da economia, consolidando a fase que ficou conhecida como “epidemia da qualidade e da produtividade” no país, sobre a qual leciona Maria das Graças Druck (1999, p. 105), relacionando-a ao fenômeno da terceirização:

Estas duas práticas de gestão, mesmo que já testadas e aplicadas anteriormente em vários setores e empresas, assumem, nesta última década, um caráter epidêmico. De fato, generalizam-se com muita rapidez por todas as atividades da economia, na produção industrial, nos serviços, no comércio, em empresas de porte pequeno, médio e grande. No caso da terceirização, além desta rápida e ampla difusão, há um elemento qualitativo de peso, pois muda o tipo de atividade terceirizada, atingindo não somente as áreas periféricas - os serviços de apoio (alimentação, limpeza, transporte etc.), como também as nucleares ou centrais (produção/operação, manutenção, usinagem etc.).

Como apontado pela autora, a nova panorâmica produtiva desenhada pelo toyotismo, fundada em multifacetados mecanismos de controle interno e externo da produção, traz claros reflexos relacionados à terceirização. O objetivo era, em síntese, elevar a produtividade do trabalho e propor a maior adaptabilidade da empresa aos contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor, já fomentado pelo neoliberalismo há, então, mais de duas décadas. Tal modelo se implementa através da ideia de horizontalização da empresa, em oposição ao método utilizado pelo taylorismo e pelo fordismo, que se manifestava em uma organização verticalizada⁸.

⁸ A horizontalização consiste na estratégia de comprar de terceiros o máximo possível dos itens que compõem o produto final ou os serviços de que necessita, sendo principalmente representada pela terceirização de serviços e pelas parcerias. Tem como maiores vantagens a redução significativa dos custos; a maior flexibilidade e eficiência; e o foco no negócio principal da empresa (*core business*). Todavia, a horizontalização também apresenta desvantagens, tais como: menor controle tecnológico (dependência de terceiros); e o lucro repassado

O toyotismo propunha explicitamente a subcontratação de empresas, a fim de delegar todas as tarefas consideradas meramente instrumentais à aquisição do produto final. Era defendida a noção de empresa enxuta, disposta a concentrar em seu bojo apenas as atividades essenciais ao seu objetivo principal, repassando para as empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto almejado. Assim, concomitantemente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção criado pelas grandes empresas, surgiram as empresas de pequeno e médio portes, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante prestação de serviços considerados “intermediários”, complementando o ciclo de processo produtivo. Estas empresas menores contratam, portanto, os empregados de forma direta, encaminhando-os à prestação de serviços nas sedes das grandes tomadoras, com as quais, em tese, não mantêm qualquer tipo de vínculo⁹.

Em suma, as grandes empresas, em harmonia com o modelo de produção enxuta e estrutura horizontalizada, adotaram fórmulas redutoras, concentrando-se exclusivamente no núcleo de seu processo produtivo e transferindo para terceiros outras etapas e processos periféricos do circuito de produção (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 12).

Desde os anos de 1990, a terceirização trabalhista vem se expandindo por diversos setores da economia sob a justificativa de que se apresenta como uma estratégia segura e moderna de desenvolvimento econômico. Ocorre que, em pesquisa realizada em 2014, o DIESEE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), em parceria com a CUT (Central Única dos Trabalhadores), constatou que o trabalhador contratado diretamente recebe, pela realização das mesmas funções, quase 25% (vinte e cinco por cento)¹⁰ a mais do que o trabalhador terceirizado, além de manter o seu vínculo empregatício, perante o mesmo empregador, por muito mais tempo. Inclusive, essa desproporção entre os salários é um dos principais motivos que justificam o acelerado ritmo

ao fornecedor. A verticalização, por outro lado, é a estratégia que prevê que a empresa produzirá internamente tudo o que puder (ou, pelo menos, tentará produzir). Foi predominante no início do século XX, época em que as grandes empresas praticamente produziam tudo o que usavam nos produtos finais e decorria da preocupação em manter o controle sobre as tecnologias de processo, de produtos e negócio, que envolvia, também, segredos industriais.

⁹ A menor possibilidade de solvência das empresas que empregam diretamente os trabalhadores terceirizados (prestadoras de serviços), quando comparada à capacidade de solvência das grandes empresas tomadoras (que se beneficiam diretamente dos serviços prestados), é um dos principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais utilizados por aqueles que defendem a necessidade de manutenção da responsabilização subsidiária das empresas tomadoras quanto a eventuais créditos trabalhistas de empregados que prestaram serviços a seu favor.

¹⁰ Estes números, entretanto, são subestimados, pois é sabido que parte considerável dos trabalhadores terceirizados está alocada na informalidade, às margens de um Direito regulado e protegido.

de crescimento do instituto no Brasil e no mundo, como muito bem ressaltado por José Salvador Torres Silva (2008, p. 1):

[...] invariavelmente quando uma empresa decide pela terceirização do seu pessoal, leva em conta a redução dos custos com a folha de pagamento, incluídos os encargos sociais que aumentam em média 45% o valor de cada folha de pagamento e outras despesas necessárias para manter um contrato de trabalho. Tal redução é consequência da diferença da remuneração garantida pelas convenções coletivas de trabalho à que se vincula a empresa que promove a terceirização e aquele pago pelas empresas prestadoras de serviços.

Em geral, os trabalhadores terceirizados são pessoas pouco qualificadas profissionalmente, por não serem destinatárias de investimentos em treinamento e qualificação para o trabalho¹¹, o que tende a ser justificado pelo fato de não se inserirem de forma permanente na cultura organizacional da empresa tomadora de serviços. Submetem-se, por essa razão, a trabalhos precários e desprovidos de integração social por falta de opção, para continuarem sendo os provedores dos grupos domésticos dos quais fazem parte. Essa lógica, anunciada na terceirização trabalhista, enfraquece todo o sentido de progressividade social que um eventual modelo de gestão empresarial considerado mais moderno poderia assegurar.

Diante do permanente e conflituoso embate entre a pungente exigência econômica por flexibilização da organização empresarial, impulsionada pelo neoliberalismo, e a imperatividade protetiva do Direito do Trabalho, que ganhou força principalmente a partir do surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, determinando a necessidade de preservação dos direitos sociais e dos trabalhadores garantidos pela Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho brasileira estabeleceu, com a edição da Súmula nº 331 do TST, uma cuidadosa divisão conceitual entre a legítima terceirização de atividades tidas como auxiliares ou de apoio, e a intermediação fraudulenta de mão-de-obra, em um complexo processo hermenêutico de adaptação, que será a seguir analisado. Contudo, salienta-se, desde já, que entendimento diferente foi consolidado pelas Leis nº 13.429 e nº 13.467, ambas de 2017, que modificaram a Lei nº 6.019/1974, passando a regulamentar, em sede legislativa, o instituto da terceirização no Brasil, após décadas de omissão pelo Poder Legislativo quanto ao tema.

2 O HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST

¹¹ Como já mencionado, o toyotismo demanda do seu empregado, diretamente contratado e que atua nas atividades principais da empresa, alto nível de qualificação, de modo que as diferenças internas se tornam ainda mais latentes.

A análise da argumentação jurídica que repousa na base da Súmula nº 331 do TST e o estudo da evolução que culminou em sua edição, no ano de 1993, permitirão concluir que o seu ponto mais relevante diz respeito à legitimidade da terceirização na medida da intensidade da sua prática na dinâmica empresarial e, por conseguinte, da intensidade das suas repercussões sobre o sistema jurídico de proteção ao trabalho e ao trabalhador. O inegável poder da terceirização de fragilizar a relação de emprego e, por consequência, de tornar vulnerável a eficácia do sistema de proteção ao trabalho, colocou a Justiça do Trabalho diante do desafio de interpretar o fato econômico com o cuidado que a sua missão institucional exige. Isto é, no complexo processo hermenêutico que se perfez em meio ao conflito central inerente ao regime capitalista, o Tribunal Superior do Trabalho procurou retratar, através do texto da Súmula nº 331, o pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho.

Apesar de já ter sido delineado, brevemente, um escopo do entendimento sumulado pelo TST em 1993, é imprescindível dar um passo para trás, para analisar de que modo esse entendimento foi construído - isto é, o que fundamentou as diretrizes que regulamentaram a terceirização trabalhista no país por quase 25 (vinte e cinco) anos. Em outras palavras, para que seja possível a formulação de uma análise crítica acerca das modificações promovidas no regime jurídico da terceirização pelas Leis nº 13.429 e 13.467, ambas de 2017, especificamente quanto à possibilidade de terceirização de toda e qualquer atividade das empresas tomadoras, serão enfrentados, agora, os diferentes entendimentos do TST acerca da terceirização ao longo do tempo, bem como quais os conceitos adotados pela jurisprudência trabalhista para que se defina o que seria “atividade-meio” e “atividade-fim”.

No final dos anos 1960 e início dos anos 1970, o processo de terceirização ainda não ostentava relevância no sistema econômico e jurídico brasileiro. A partir da reforma administrativa deflagrada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, pela Lei nº 5.645/1970 e pela Lei nº 6.019/1974 (redação original), acompanhada pelas mudanças econômicas e culturais trazidas principalmente pelo neoliberalismo à época, é que a terceirização passou a evidenciar relevo no Direito brasileiro. A esse movimento reagiu a jurisprudência trabalhista brasileira, resistindo à expulsão do trabalhador do ambiente da empresa principal e da categoria profissional a ela vinculada, reputando como fraude ao regime de emprego qualquer espécie contratual voltada ao fornecimento de serviços em atividade permanente, conforme revela a argumentação utilizada no seguinte julgamento do TST, datado de 1986:

Trabalho temporário é aquele e tão somente aquele de que trata a Lei n. 6.019. Qualquer tipo de locação de mão de obra, ultrapassando os limites temporais da referida lei, importa em vinculação direta de trabalho com o tomador de

serviço. [...] (Tribunal Superior do Trabalho, Pleno, AG e RR 343/83, Rel. Min. Barata Silva, DJ n. 27/1986).

A primeira linha de pensamento da Justiça do Trabalho acerca da aplicação da terceirização no âmbito do Direito Privado foi, portanto, no sentido de sua impossibilidade, ao argumento de que a legalidade da contratação de serviços interempresariais dependia de expressa autorização legal, que existia então apenas para o segmento estatal¹², para o serviço de vigilância nos bancos¹³ e para as contratações temporárias. Nessa linha, considerava-se ilícita a terceirização de quaisquer atividades permanentes necessárias à dinâmica empresarial, reputando como locação de mão-de-obra e, portanto, como ato ilícito, todo contrato que, salvo as exceções acima mencionadas, tivesse por objeto a terceirização. Na esteira deste primeiro entendimento, o TST editou o Enunciado de Jurisprudência nº 256, de 30 de setembro de 1986, por meio do qual restringiu, duramente, a prática da terceirização na iniciativa privada no país:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos pelas Leis nº 6.019, de 3.1.1974 e nº 7.012, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

Em direção praticamente oposta a essas premissas de máxima proteção social adotadas pela jurisprudência brasileira, o mundo atravessava o (já descrito) processo de transformação político-econômica, que se traduzia pela adoção do modelo neoliberal em negação aos fundamentos teóricos ao Estado de Bem-Estar Social, culminando com a globalização e a generalização de um mercado internacional (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 43). Na descrição desse novo modelo de organização flexível, destaca-se o papel da terceirização de insumos e serviços inerentes ao processo produtivo como uma exigência da permanente adaptação da empresa tomadora de serviços às demandas do mercado.

¹² O art. 3º da Lei nº 5.645/1970 disciplinou uma classificação de cargos públicos na esfera federal e veio a discriminar os serviços passíveis de terceirização no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. O referido dispositivo determinava: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de valores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferencia, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967”. Contudo, a terceirização no âmbito da Administração Pública não é objeto de análise do presente artigo, de modo que se cita o mencionado dispositivo apenas para fins de informação geral.

¹³ A Lei nº 7.102/1983 autorizou a terceirização de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores por estabelecimentos financeiros - bancos oficiais ou privados, sociedades de créditos e associações de poupança -, legitimando uma prática que já se disseminava em um incipiente mercado de serviços (DELGADO, 2014, p. 457). A edição da legislação em comento decorreu da constatação da necessidade de os estabelecimentos bancários terem vigilância especializada como medida preventiva. Entendia-se não ser atividade da instituição financeira exercer serviços de vigilância, contudo, ainda assim, deles dependia para prestar os seus serviços normalmente e de forma segura aos seus empregados e clientes (MARTINS, 2018, p. 149).

Assim, apesar da louvável resistência apresentada em âmbito jurisprudencial, como produto das mudanças vividas no cenário internacional, a década de 1990 no Brasil veio marcada por reformulações na atuação do Estado, com vistas à desregulamentação das instituições sociais e do mercado econômico, sob a égide do princípio liberal da subsidiariedade estatal. Assim, mesmo ao largo da vedação contida pelo Enunciado nº 256 do TST, a terceirização se espalhou pelo mercado empresarial brasileiro, em agressivo avanço flexibilizador do sistema legal de contratação de mão-de-obra.

Tendo como base reiteradas decisões do Tribunal Superior do Trabalho - que já não aplicava integralmente o referido Enunciado, admitindo a figura da prestação de serviços de limpeza e conservação -, em outubro de 1993, o Ministério Público do Trabalho requereu, em caráter de urgência, a revisão do Enunciado nº 256, propondo que fossem excetuadas da restrição à terceirização as empresas públicas e sociedades de economia mista (MARTINS FILHO, 1994, p. 18-24). Na verdade, a nova interpretação jurisprudencial incorporava a anterior permissão legal referente à terceirização de atividade-meio do tomador de serviço, como explicitado pelo art. 10, §7º do Decreto-Lei nº 200/1967 e pelo art. 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/1970.

Apreciando o requerimento, o TST flexibilizou seu entendimento a respeito do tema e passou a reconhecer a legalidade da contratação de quaisquer “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador” não apenas em relação às estatais, conforme sugerido pelo MPT, mas também para quaisquer entidades de direito privado. Em 21 de dezembro de 1993, foi então publicada no Diário Oficial da União a Súmula nº 331 do TST, com o objetivo de rever, alterar e ampliar os contornos do então cancelado Enunciado nº 256, seu antecedente. Determina a redação da referida Súmula, em seus itens I, III, IV e VI¹⁴, o seguinte:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

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

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

¹⁴ Os itens II e V da Súmula se referem à terceirização na esfera da Administração Pública, que, conforme anteriormente explanado, não fazem parte do objeto de estudo deste artigo.

As hipóteses de terceirização lícita discriminadas pela Súmula nº 331 do TST demarcavam os limites traçados pelo próprio Direito do Trabalho relativamente à admissibilidade da extensão do instituto no Brasil. Isso significa que as terceirizações que se encontrassem fora desse parâmetro eram reputadas pelo sistema jurídico como fraudulentas e, por isso, ilícitas e inválidas (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 67). Entendeu-se, à época, que havia uma necessidade de restrição das hipóteses de terceirização, tendo em vista o seu alto potencial de precarização das relações de trabalho, ao mesmo tempo em que se notou que a sua total proibição, nos termos do Enunciado nº 256, não gerava mais quaisquer efeitos, haja vista o elevado número de subcontratações ilícitas que eram feitas à época, não obstante o entendimento jurisprudencial anterior.

Sobre o assunto, leciona José Janguié Bezerra Diniz (1999, p. 19) que:

[...] a terceirização, como já explicitado, foi uma saída da classe empresarial à necessidade de barateamento da mão-de-obra; ao contrário do que pensam alguns, não deve ser simples e absolutamente proibida (como tentou fazer o Enunciado nº 256); é um sinal dos tempos, e como tal deve o Direito do Trabalho compreendê-la e decifrar suas estruturas, a fim de poder encontrar soluções para a classe trabalhadora a quem ele serve, dentro desse novo contexto socioeconômico.

A partir da interpretação promovida pela Súmula nº 331 do TST, a jurisprudência trabalhista, em um exaustivo esforço argumentativo, buscou aliar uma disciplina normativa de forte matriz protetiva a uma realidade econômica compulsivamente voltada para a fragmentação empresarial típica do toyotismo, passando a admitir a licitude dos contratos de prestação de serviços relativos às atividades consideradas auxiliares ou de apoio (denominadas “atividades-meio”), mas não àquelas inseridas na dinâmica do processo produtivo (denominadas “atividades-fim”). Traduzir os limites que separam ambos os tipos de atividades e conceituá-las¹⁵ se torna, agora, o principal desafio para a solução de quaisquer controvérsias relacionadas ao tema da terceirização - seja na forma da Súmula nº 331, seja na forma das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, a serem analisadas mais adiante.

De acordo com Maurício Godinho Delgado, as atividades-fim são as funções empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial e do tomador de serviços, compondo a essência desse dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto de mercado, sendo, portanto, “atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial” (DELGADO, M., 2014, p. 468).

¹⁵ Na realidade, ambos os conceitos “não são jurídico-trabalhistas” (CASTRO, 2003, p. 5-9), abrangendo matérias que vão muito além do Direito do Trabalho, perpassando também pelos campos da Economia e da Administração, por exemplo.

As atividades-meio, por outro lado e por exclusão, são aquelas funções empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico. São, portanto, “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços” (DELGADO, M., 2014, p. 469).

Dentre as atividades que podiam, sob a ótica da Súmula nº 331, virem a ser objeto de terceirização lícita, Alice Monteiro de Barros (2006, p. 434) relaciona: preparo e distribuição de refeições, limpeza e conservação de ambientes, vigilância patrimonial, manutenção geral, transporte de produtos e funcionários, frota de veículos, serviços de recepcionistas, telefonia, engenharia em geral e comunicação social. A estes serviços, acrescentam-se os seguintes, admitidos também por Arnaldo Süssekind (2001, p. 245): informática, segurança, conservação de máquinas, elevadores e outros aparelhos ou equipamentos, pesquisa e assistência médica, jurídica ou técnica¹⁶.

Em análise jurídico-trabalhista sobre o fenômeno da terceirização, Rodrigo Carelli (2003, p. 75) considera que é da essência do instituto a concentração da empresa em seu foco operacional, o que “afasta completamente a possibilidade de existência de terceirização na atividade central da empresa, comumente conhecida por atividade-fim”. Para o autor, a transferência de atividade-fim não se trataria de terceirização, mas sim de “ato fictício, mera intermediação, desfigurando e desnaturando o instituto”.

Tendo sido feitas as conceituações necessárias, é importante frisar o quanto disposto pelos incisos IV e VI da referida Súmula, que impõem responsabilização subsidiária da empresa tomadora de serviços em relação aos créditos trabalhistas devidos ao trabalhador que, por intermédio de empresa prestadora de serviços, tenha laborado em seu favor¹⁷. Esta hipótese de responsabilização consiste em mais uma tentativa de proteção ao hipossuficiente,

¹⁶ A diferenciação construída pela doutrina entre “atividade-meio” e “atividade-fim” nada mais é do que uma reunião (e um resumo) das diversas decisões proferidas pelo órgão de cúpula da Justiça do Trabalho ao longo de todos esses anos, em uma nítida relação de complementação recíproca.

¹⁷ Este vinha sendo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho desde a edição da Súmula até o final do ano de 2017, quando entraram em vigor as Leis nº 13.429 e 13.467. Vide ementa de julgamento, a título meramente exemplificativo, datada do final do ano de 2015: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S.A. TOMADOR DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, IV E VI/ TST. A tese regional demonstra consonância com a Súmula 331 desta Corte, de acordo com a qual 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”. Desse modo, estando a decisão agravada em consonância com o entendimento sumulado desta Corte acerca da matéria, inviável a configuração de qualquer das hipóteses elencadas pelo art. 896 da CLT. Aplicação do óbice previsto no art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de Instrumento a que se nega provimento”. (TST - AIRR: 5684320125020251. Data de Julgamento: 28/10/2015. Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).

haja vista que, na grande maioria das vezes, as empresas tomadoras de serviços possuem um poder econômico (e, portanto, de solvência) muito maior do que o das empresas prestadoras, normalmente de pequeno ou médio porte, conforme estudado dentro do tema de toyotismo. Por óbvio, na ótica do TST, a responsabilidade da tomadora se limita ao lapso temporal em que o referido trabalhador laborou em sua sede, não podendo a mesma ser responsabilizada para além do quanto tenha efetivamente se beneficiado pela prestação de serviços. Não obstante, para que a empresa tomadora fosse responsabilizada, deveria ser chamada à lide em litisconsórcio, juntamente com a prestadora.

Na hipótese de terceirização ilícita, também não restavam dúvidas. Os arts. 927 e 942 do Código Civil, aplicados ao Direito do Trabalho por expressa permissão do parágrafo único do art. 8º da CLT, assim dispõem:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

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.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores, os coautores e as pessoas designadas pelo art. 932.

Da leitura dos dispositivos acima, infere-se claramente que se estabelece a responsabilidade solidária entre todos aqueles que praticam o ato ilícito. Conforme é possível depreender também da leitura dos arts. 186 e 187 do Código Civil, comete ato ilícito quem viola direito de outrem, por ação, omissão ou negligência, causando-lhe dano; ou aquele que, ao gozar do seu direito, excede os limites que lhe são impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A conclusão mais lógica que se chega da leitura conjugada dos dispositivos é a de que, mesmo sendo a Súmula nº 331 omissa no tocante à responsabilidade da empresa tomadora nas hipóteses de terceirização ilícita, a empresa contratante era responsabilizada solidariamente (MIRAGLIA, 2008, p. 125). Isto porque está previsto em lei que todos aqueles que praticam ato ilícito serão responsabilizados, de modo que qualquer interpretação diversa incidiria em flagrante ilegalidade. Nesta esteira, ensina Gabriela Neves Delgado (2003, p. 182) que:

Não restam dúvidas, portanto, que a única maneira de se eliminar a prática ilícita terceirizante é imputando responsabilidade solidária às duas empresas que praticaram a irregularidade. A previsão da responsabilidade meramente subsidiária para a empresa que cometeu a conduta irregular terceirizante consiste em assegurar-lhe tratamento promocional, favorável, idêntico àquele

que a ordem jurídica defere à empresa que realizou terceirização lícita. Isso é simplesmente um contrassenso.

De forma complementar, é consenso na doutrina que, independentemente dos posicionamentos específicos e das correntes existentes acerca da necessidade ou não de limitação da terceirização no Brasil, a terceirização deve ser necessariamente analisada à luz dos requisitos da relação de emprego, elencados nos arts. 2º e 3º da CLT¹⁸. São esses elementos - a não-eventualidade (ou habitualidade), a pessoalidade, a subordinação jurídica e a onerosidade -, comumente verificados pelo Poder Judiciário nos casos concretos submetidos à sua apreciação, que determinarão a existência ou não do vínculo de emprego direto entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços no caso de terceirização ilícita, que funciona como verdadeira locação ou intermediação de mão-de-obra.

Por tudo o quanto acima exposto, conclui-se que, a partir da edição da Súmula nº 331 do TST, o Direito do Trabalho passou a avaliar a legitimidade e a legalidade da contratação terceirizada de serviços em uma perspectiva teleológica, à luz do objetivo econômico da empresa, identificando, em seu objeto social, as atividades que possuem características auxiliares para diferenciá-las daquelas outras que, por exclusão, constituem o núcleo essencial do empreendimento.

O critério utilizado garantiu à Súmula plasticidade para orientar a interpretação da legislação trabalhista diante de novas realidades empresariais, remetendo o embate argumentativo entre os que defendem maior ou menor intensidade de terceirização à definição casuística do que se considera atividade-fim e atividade-meio em cada organização empresarial, diante de sua finalidade econômica. Passaram-se mais de 25 (vinte e cinco) anos da edição da Súmula nº 331 sem que houvesse alteração no entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho a respeito dos fundamentos da vedação da terceirização nas atividades-fim das empresas, que, aos olhos do órgão de cúpula do Poder Judiciário trabalhista, continuava a configurar a fraude ao regime de emprego e, portanto, à lei.

Contudo, em 2017, entraram em vigor as Leis nº 13.429 e 13.467, que alteraram a redação da Lei nº 6.019/1974 e, dentre outras providências, regulamentaram (ou desregulamentaram?) a terceirização no Brasil em sede legislativa. Ao contrário do entendimento consolidado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, as mencionadas legislações determinaram a legalidade da terceirização no Brasil de forma

¹⁸ Determina o *caput* do art. 2º da CLT que: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. O *caput* do art. 3º da CLT dispõe que: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

irrestrita - isto é, não apenas em relação às atividades-meio das empresas, mas também às suas atividades-fim (*core bussiness*), atendendo, portanto, aos pungentes interesses da classe empresária brasileira. No dilema inerente ao Direito do Trabalho, portanto, o Poder Legislativo, ao invés de buscar uma solução que privilegiasse tanto o capital quanto o trabalho, optou por privilegiar apenas o capital, promovendo uma inquestionável flexibilização em relação ao regime anterior.

A Súmula nº 331 do TST, apesar de consolidar posicionamento compatível com a proteção ao trabalhador em sede constitucional e infraconstitucional, sem se tornar obsoleta e inadequada às evoluções inerentes ao modelo produtivo capitalista (afinal, permitia a terceirização das atividades-meio e, portanto, a horizontalização das empresas, de forma limitada), cedeu forçadamente espaço, desde 2017, a uma legislação manifestamente flexibilizadora, capitalista e protetiva aos interesses patronais, sobre a qual se debruça agora o presente artigo, especificamente quanto à previsão trazida no art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974.

3 A MUDANÇA PROMOVIDA PELO ART. 4º-A DA LEI Nº 6.019/1974 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES-FIM NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

A Lei nº 6.019/1974, em sua redação original, trazia disposições que regulamentavam o trabalho temporário no Brasil. Contudo, em 2017, foram inseridos diversos dispositivos em seu corpo pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, não apenas relativamente ao trabalho temporário, complementando a disciplina legal já existente, mas que passaram a regulamentar também, pela primeira vez em sede legislativa, o regime da terceirização no Direito do Trabalho brasileiro.

Inicialmente, esclarece-se que o presente artigo defende, sim, a necessidade de regulamentação da terceirização pelo Poder Legislativo. Afinal, trata-se de instituto extremamente complexo e que se encontra a todo o momento em evolução, de modo que texto de Súmula, independentemente do esforço do órgão jurisdicional competente, jamais seria suficiente para regulamentar as situações com as quais os juízes do trabalho brasileiros se deparavam - e ainda se deparam - cotidianamente. A regulamentação era necessária, resguarda o princípio da segurança jurídica e, inclusive, deveria ter ocorrido bem antes de 2017.

Maurício Godinho Delgado (2014, p. 477) se manifesta no seguinte sentido sobre o tema:

O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país.

Em segundo lugar, ressalta-se que não serão analisados todos os aspectos do novo regime da terceirização implementado pelas Leis nº 13.429 e nº 13.467, tendo em vista que se trata de tema extenso e que acabaria tornando demasiado amplo o objeto do presente artigo. Por isso, focar-se-á no aspecto relativo à abrangência da terceirização autorizada pelo legislador, que foi de encontro ao entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁹, ao autorizar, no art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, a terceirização irrestrita das atividades das tomadoras de serviço - o que, como defende este estudo, é inconstitucional por violação ao regime de emprego constitucionalmente protegido (arts. 7º a 11 da Constituição), à função social da empresa e da propriedade (arts. 170 e 186 da Constituição), ao valor social do trabalho como fundamento da República (art. 1º, IV da Constituição) e ao primado do trabalho como fundamento de toda a ordem social (art. 193 da Constituição).

Além disso, para fins de contextualização, é preciso dizer que a promulgação das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 se deu em um momento de grave crise do Direito do Trabalho no país²⁰. Trata-se do que se chamou de “Reforma Trabalhista”, conjunto de novas disposições legais que alterou diversas normas, com destaque para a própria CLT e, no caso deste estudo, para a Lei nº 6.019/1974²¹. Sem dúvidas, a (des)regulamentação promovida pelo Poder Legislativo funcionou como uma resposta às pressões exercidas pela classe empresária brasileira, que se utilizava do argumento de que muitas normas trabalhistas impositivas de deveres à classe patronal tinham como base não leis (no sentido estrito da expressão), mas jurisprudência “extremamente protetiva” do Tribunal Superior do Trabalho. Almejava-se uma regulamentação sobre esses (e outros) pontos, em sede legislativa, pelo Poder competente - de acordo, é claro, com o que fosse mais conveniente à classe empresária, seguindo-se um

¹⁹ O TST, conforme já defendido, conseguia, em sua Súmula nº 331, aliar o regime constitucional de proteção ao trabalhador (e seus desdobramentos) à necessidade de crescimento econômico e de adaptação da realidade das empresas às novas tendências neoliberais e capitalistas disseminadas pelo mundo.

²⁰ Foram necessários quase 50 (cinquenta) anos para que a terceirização fosse regulamentada em sede legislativa no Brasil, contados do início da produção de efeitos do neoliberalismo no cenário nacional a partir da década de 1970. Curiosamente (ou não), a regulamentação ocorreu em um dos momentos de maior instabilidade institucional vivenciado na história do Direito do Trabalho brasileiro.

²¹ Esclarece-se que a Lei nº 13.429/2017 alterou apenas disposições da Lei nº 6.019/1974, relativamente tanto ao trabalho temporário quanto à terceirização trabalhista. Por outro lado, a Lei nº 13.467/2017 promoveu extensas mudanças na CLT e também na Lei nº 6.019/1974, alterando, inclusive, o quanto inicialmente inserido ou modificado pela Lei nº 13.429.

inevitável caminho de extirpação de uma série de direitos garantidos por entendimentos jurisprudenciais consolidados ao longo dos anos²².

Tendo em vista que a Súmula nº 331 do TST vigorou no ordenamento jurídico brasileiro por mais de 25 (vinte e cinco) anos, tendo se mostrado, durante esse período, plástica e adaptável, era de se esperar que a nova legislação fosse minimamente compatível com o posicionamento consolidado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário trabalhista. Porém, como aconteceu em relação a diversos outros pontos, a legislação foi em sentido diametralmente oposto. Em seu art. 4º-A, a Lei nº 6.019/1974 passou a prever expressamente que:

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

Isto é, está autorizada, em sede legislativa, a terceirização de todo e qualquer tipo de atividade pela empresa tomadora de serviços, incluindo-se aquelas enquadradas como “atividades-fim” pela jurisprudência do TST e pela doutrina trabalhista brasileira. Hoje em dia, portanto, é lícito que as tomadoras, além de delegarem a outras empresas, geralmente de menor porte, o exercício de atividades anexas, podem também delegar o seu próprio *core business* - ou, como entende Maurício Godinho Delgado, suas “atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial” (DELGADO, M., 2014, p. 468). A horizontalização da atividade empresária, conforme moldes pregados pelo toyotismo, atinge, no Brasil, o seu extremo ápice.

Para que seja possível tecer uma análise crítica sobre o tema, que culminará, como já adiantado, no posicionamento pela inconstitucionalidade do dispositivo acima, é preciso que se apontem quais os fundamentos que justificavam, desde antes da regulamentação legislativa ocorrida em 2017, a vedação à terceirização das atividades-fim pelas empresas tomadoras de serviços. Isto é, é preciso que sejam oferecidos, neste ponto, elementos argumentativos que sustentem a noção inscrita no item I da Súmula nº 331 do TST, no ponto em que recusava validade à terceirização em atividade-fim (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 58).

Primeiramente, tem-se que o elemento essencial que justifica o contrato de emprego, que é a apropriação do resultado do trabalho mediante pagamento de salário pelo empregador,

²² Neste ponto, é possível dizer que a livre-iniciativa, apesar de vir prevista no mesmo inciso e, em tese, com o mesmo grau de importância do valor social do trabalho (ambos apontados como fundamentos da República, no art. 1º, IV da Constituição), preponderou sobre este de modo absoluto, no tocante à nova previsão do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974.

não se verifica na terceirização, haja vista que quem paga o salário ao trabalhador é a empresa prestadora de serviços, que não se apropria do resultado do trabalho prestado²³. De forma complementar, por força do princípio da primazia da realidade, o vínculo empregatício deveria se estabelecer, em tese, diretamente com a empresa em benefício da qual os serviços são prestados, pois é ela quem se apropria dos resultados do labor. Por isso, conclui-se que a terceirização, por si só, é um instituto que relativiza aspectos importantíssimos e essenciais ao próprio Direito do Trabalho, de modo que deve ser aplicado ao ordenamento jurídico de forma limitada e cuidadosa.

Inclusive, a resistência inicial à terceirização de serviços por conta da sua potencialidade de precarização das relações de emprego foi tamanha que, em um primeiro momento, o TST, em seu (já analisado) Enunciado nº 256, optou por vedar a prática da terceirização de serviços de forma geral, salvo em situações excepcionais. Contudo, as transformações vividas pela economia mundial acabaram disseminando a terceirização de forma rápida e incisiva na realidade brasileira alguns poucos anos depois, de modo que o entendimento jurisprudencial anterior nitidamente não atendia às necessidades de mercado da época, sendo desprovido de eficácia social. Os direitos sociais e dos trabalhadores que, na Constituição de 1967 (e Emenda Constitucional nº 1/1969), constavam no capítulo da ordem econômica e social, passaram, a partir de 1988, a figurar como direitos fundamentais (arts. 7º a 11), alcançando *status* de direitos indispensáveis ao regime democrático. Neste cenário, diante de um sistema constitucionalmente dotado da missão protetiva do emprego como elemento promotor das funções sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV da Constituição), a jurisprudência trabalhista passou a compreender o fato social e econômico da terceirização na iniciativa privada sob critério restritivo e excepcional, delimitando o uso desse modelo de emprego rarefeito à intensidade mínima indispensável aos propósitos da nova empresa flexível, produto do avanço do neoliberalismo no Brasil.

Em outras palavras, o reconhecimento da legalidade da terceirização nas atividades-meio pela Súmula nº 331 foi um produto da necessária adaptação do ordenamento jurídico brasileiro ao novo fenômeno social da terceirização. Desta forma, o Tribunal Superior do Trabalho adotou entendimento no sentido de ser possível a redução do âmbito de incidência do emprego direto na atividade-meio da empresa, ao admitir, neste espaço, o modelo triangular de trabalho, para preservar o emprego direto na atividade-fim, com o objetivo de

²³ Extrai-se esse primeiro elemento argumentativo, devidamente adaptado, do acórdão de lavra do então Ministro do TST Marco Aurélio de Mello, por meio do qual se decidiu o incidente de uniformização que deu origem ao Enunciado nº 256 do TST, em 1986.

conciliar a nova realidade econômica à máxima proteção social do trabalho exigida pela legislação e, principalmente, pela Constituição Federal. O emprego direto no espaço central da empresa, em sua atividade-fim, tornou-se, portanto, o objetivo fundamental do sistema jurídico-trabalhista ao legitimar a prática da terceirização na atividade-meio, sem olvidar que a proteção social do trabalhador constitui um dos principais pilares da função social da empresa e da propriedade, gravada pela Constituição em seus arts. 170 e 186.

Na contramão do raciocínio louvável do TST, contudo, veio a previsão do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, que promoveu um rompimento drástico com a preocupação de equilíbrio entre capital e trabalho que existia anteriormente. A permissão indiscriminada e ilimitada da terceirização pelas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, além de violar diversos dispositivos constitucionais pátrios, gera também inúmeras consequências práticas gravosas aos empregados. Nas palavras de Helder Amorim e Gabriela Delgado (2015, p. 84), a permissão irrestrita da terceirização isenta as tomadoras de serviços do cumprimento de normas convencionais da sua respectiva categoria econômica, mediante contratação de empregados por intermédio de prestadoras de serviços, com o consequente enquadramento em categorias profissionais diferentes, com menor poder reivindicatório²⁴. Sem dúvidas, é possível dizer que a nova previsão legislativa esvazia, neste ponto, o valor constitucional da organização social como veículo de afirmação da coalizão profissional pela melhoria das condições sociais dos trabalhadores (arts. 7º, XXVI e 8º, VI da Constituição).

De forma complementar, tem-se que os tomadores de serviços poderão se utilizar da terceirização para inviabilizarem ou fragilizarem o movimento grevista, quando lhes aprouver, esvaziando o sentido constitucional da greve “*como legítimo direito de reivindicação coletiva por melhores condições de trabalho*” (AMORIM; DELGADO, 2014, p. 85).

Ainda, cita-se a possibilidade (legitimada pelas Leis nº 13.429 e 13.467) de os tomadores de serviços se eximirem de participar de políticas sociais constitucionais determinantes para o cumprimento da função social da empresa, fundadas em obrigações que têm como base número de empregados. É o caso, por exemplo, do art. 11 da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores à eleição de representante nas empresas com mais de 200 (duzentos) empregados; ou, ainda, o art. 24, XII da Constituição, que impõe a observância de

²⁴ É o que já ocorria quanto à terceirização das atividades-meio, quando a Súmula nº 331 do TST ainda regulamentava a terceirização no país; por conta desse reenquadramento, que hoje pode acontecer quanto a todos os empregados, os salários dos terceirizados são cerca de 25% (vinte e cinco por cento) menores do que os salários dos empregados diretamente contratados, conforme dados de pesquisa da CUT com a DIEESE, mencionada anteriormente.

políticas sociais de inclusão das pessoas com deficiência, dentro das empresas, proporcionalmente ao número de empregados. Em ambos os casos, reduzindo artificialmente seu quadro de empregados, por meio da terceirização irrestrita, a empresa também pode se isentar de cumprir as determinações constitucionais.

Esses são apenas alguns dos exemplos dos incontáveis efeitos de precarização promovidos pela ampliação da possibilidade de terceirização no país. O que está ocorrendo, hoje, na prática, é: os trabalhadores terceirizados permanecem formalmente submetidos ao regime de emprego com a empresa prestadora, com aparente adequação à legislação trabalhista; porém, paralelamente, encontram-se submetidos a uma lógica do emprego inseguro e precarizado, socialmente vulnerável. Essa realidade, sem dúvidas, reduz o padrão de garantia e de eficácia dos seus direitos, contrariamente ao quanto preceituado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, que visam à “melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput* da Constituição). O que passou a ocorrer, a partir da entrada em vigor do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, em verdade, é que a empresa tomadora legitimamente se esquivava de sua função de “empregar” o trabalho humano com a proteção assegurada em sede constitucional.

Assim, tendo em vista tudo o quanto aqui explanado, é possível concluir que a terceirização de atividade-fim não se legitima à luz do Direito do Trabalho, por constituir abuso flexibilizador da contratação de mão-de-obra no espaço em que a empresa tem por função econômica manejar os fatores de produção, inclusive no trabalho, para realização de seus objetivos econômicos e função social.

A respeito especificamente da função social da empresa, entende José Afonso da Silva que (1997, p. 745):

[...] a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao “princípio da função social”, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a “liberdade de iniciativa” só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica”.

Por isso, é possível dizer que a terceirização de atividade-fim constitui fraude²⁵ ao regime de emprego, prática equiparada à intermediação ou locação de mão-de-obra, que independe da comprovação do *consilium fraudis* (intuito fraudatório), sendo suficiente a

²⁵ A noção de fraude para o Direito do Trabalho está intimamente ligada à ideia de frustração de sua finalidade protetiva, de fracasso de sua missão humanizadora da relação de emprego, de esvaziamento do seu potencial desmercantilizador do trabalho humano e de frustração de sua própria razão histórica, que é a promoção do trabalho regulado e protegido como instrumento e de afirmação social e de emancipação coletiva.

constatação do *eventus damni*, ou seja, prova de que o ato constitua obstáculo à plena aplicação da lei imperativa²⁶. Sustentado em normas de ordem pública, o sistema jurídico trabalhista possui natureza imperativa, pois a preservação do seu objetivo ultrapassa o círculo de interesses individuais do trabalhador, apanhando o interesse de toda a sociedade, como imperativo de coesão social (SANTOS, 2008, p. 55). Daí porque constitui fraude, punida com nulidade de pleno direito, qualquer ato ou manifestação de vontade que tenha por objetivo frustrar a aplicação do sistema jurídico de “proteção ao emprego maximamente protegido” (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 60), nos termos do art. 9º da CLT.

Entende-se que a prática da terceirização em atividade-fim se enquadra perfeitamente a essa noção, pois, a pretexto de firmar um contrato interempresarial de prestação de serviço com o objetivo de racionalizar seus recursos, diminuir os custos e lograr bons resultados econômicos, a empresa tomadora “expulsa” seus empregados do seu círculo de responsabilidade principal, reduzindo ou praticamente extinguindo seu quadro de funcionários, para se beneficiar de uma mão-de-obra terceirizada por contratação indireta, em culto absoluto ao lucro e à eficiência. Neste sentido, entendem Helder Amorim e Gabriela Delgado (2015, p. 77) que:

[...] a prática da atividade-fim implica absoluta negação da função social constitucional da empresa, na medida em que submete o valor social do trabalho ao interesse do lucro, como um fim em si mesmo, desfigurando assim o valor social da livre-iniciativa, em violação ao princípio fundamental da República consagrado no art. 1º, IV, da Constituição.

É necessário que se frise, neste momento, que, ao contrário do que se possa acreditar, este artigo não defende que a terceirização de serviços nega totalmente a função social da atividade econômica produtiva da empresa. Conforme exposto ao final do parágrafo acima, o referido mecanismo também visa à potencialização da eficiência empresarial; a terceirização proporciona às empresas tomadoras vantagens legítimas, como, na concepção de Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 5), “uma maior concentração na atividade-fim, com a redução do núcleo produtivo e do capital imobilizado, a supressão de atividades ociosas no quadro de pessoal, que se torna mais enxuto e especializado, reduzindo o custo operacional”.

Frisa-se, inclusive, que a terceirização de atividade-meio é legítima porque funciona como uma forma de permitir que a empresa tomadora concentre os seus esforços em seu *core business*, ou seja, em seu objetivo principal, a fim de otimizar o bom funcionamento de sua esfera central de atribuições, no bojo da qual lhe cabe promover emprego protegido, com o

²⁶ Tribunal Superior do Trabalho, RT nº 8.025, Rel. Min. Eros Grau, DJE nº 145 de 5.8.2010, Data de Publicação: 6.8.2010, Ementário nº 2.409-2.

mais alto nível de eficácia dos direitos sociais, em respeito à função social da empresa. Por isso, não é demais repetir que, se a terceirização da atividade-meio não se prestar a auxiliar a empresa tomadora no desenvolvimento de suas atividades essenciais, nem mesmo essa terceirização encontrará fundamento de validade no ordenamento jurídico, pois não estará gravada pelo aspecto da função social, que deve ser observado em toda e qualquer atividade econômica.

Enquanto exceção à relação direta de emprego, a terceirização da atividade-meio não tem o condão de negar vigência ao Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionais da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da justiça social ou da dignidade da pessoa humana, sendo com os mesmos compatível. Por outro lado, a autorização da terceirização em qualquer dimensão, área ou atividade da vida empresarial, nos exatos moldes previstos no art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, implica no esvaziamento de diversos conceitos constitucionais, pois equipara o trabalho a simples mercadoria, como veda expressamente a Organização Internacional do Trabalho. Nesse sentido, tem-se que a livre-iniciativa não é poder absoluto em contraposição à pessoa humana, e, exatamente por isso, veio prevista no mesmo inciso (IV) - e, inclusive, depois - que o valor social do trabalho, ambos indicados como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Por isso, independentemente da atividade do Poder Legislativo ou do pronunciamento do Poder Judiciário²⁷, defende-se a inconstitucionalidade do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, tendo em vista que a terceirização em atividade-fim é incompatível com a ordem jurídica constitucional, por tudo o quanto acima citado e demonstrado. Sem dúvidas, as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 colocam a busca pelo lucro acima do valor constitucional da proteção ao trabalho, reduzem a livre-iniciativa exclusivamente ao interesse individual do empreendedor (que, inclusive, motivou inúmeras outras mudanças prejudiciais ao trabalhador em 2017) e submetem o trabalho à sua exploração predatória, em uma lógica inaceitável em qualquer Estado Democrático de Direito, que, palavras de Helder Amorim e Gabriela Delgado

²⁷ No dia 30 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, por maioria dos votos (7 a 4), decidiu pela constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, incluindo as atividades-fim ou finalísticas. Prevaleceu, no julgamento, o entendimento dos relatores: para o Ministro Luís Roberto Barroso, as restrições que vinham sendo impostas pela Justiça do Trabalho à terceirização violam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica. Na mesma linha, o ministro Luiz Fux afirmou que a Súmula 331 do TST é uma intervenção imotivada na liberdade jurídica de contratar sem restrição. Trata-se de argumentos que, na visão do presente artigo e, inclusive, da maioria dos doutrinadores aqui respeitosamente citados, não se coadunam com o regime constitucional de proteção ao emprego e não elevam ao mesmo patamar jurídico os fundamentos da livre-iniciativa e do valor social do trabalho, priorizando aquele em detrimento deste. Por isso, independentemente do julgamento pelo STF, mantêm-se todos os argumentos aqui manejados em defesa da inconstitucionalidade da autorização legislativa que torna ilimitada a possibilidade de terceirização no país.

(AMORIM; DELGADO, 2015, p. 77), “conspira contra a própria preservação do sistema capitalista”.

4 CONCLUSÃO

Por tudo o quanto exposto, defende o presente estudo o entendimento de que não é possível que se permita que a liberdade de conformação do legislador e o crescimento econômico do empreendedor brasileiro preponderem sobre o valor jurídico dos direitos sociais e dos trabalhadores terceirizados, esvaziando-os completamente. Os direitos de proteção ao trabalhador (arts. 7º a 11 da Constituição), de alta densidade normativa, dentre os quais se destaca o princípio da continuidade do vínculo empregatício; a função social da propriedade e da empresa (arts. 170 e 186 da Constituição); a previsão dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República (art. 1º, IV da Constituição); e o primado do trabalho como base de toda a ordem social (art. 193 da Constituição) atuam como limites a toda a legislação infraconstitucional, impondo a edição de atos normativos que acrescentem ao patamar de direitos já conquistados - e não os usurpe ou reduza.

Por isso, é inconstitucional o art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, tendo em vista que a Constituição Federal impõe ao legislador infraconstitucional que atue sempre orientado (e limitado) pelo dever objetivo de proteção que emana das normas constitucionais protetivas do trabalho e do trabalhador, mencionadas acima, cabendo às novas disposições legais complementarem regime jurídico já existente, melhorando a situação do trabalhador, instituindo “outros [direitos] que visem à melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput* da Constituição).

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Brasília: Brasil, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DINIZ, José Janguié Bezerra. A terceirização e o Direito do Trabalho. In: *Revista Trabalho & Doutrina*, nº 21, São Paulo: Saraiva, jun. 1999.

DRUCK, Maria das Graças. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

DRUCK, Maria das Graças; THÉBAUT-MONY, Annie. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Maria das Graças; FRANCO, Tânia (org.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Grande da Silva. Pedido de Revisão do Enunciado n. 256, da Súmula do TST. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, n. 7, mar. 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Terceirização no Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LIKER, Jeffrey K. *O modelo Toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública*. 2019. Disponível em: <<https://rodolfopamplonafilho.jusbrasil.com.br/artigos/675138335/terceirizacao-e-responsabilidade-patrimonial-da-administracao-publica>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. *Boletim Científico ESPMU*, Brasília, a. 7, n. 28/29, p. 51-82, jul./dez. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Salvador Torres. *Terceirização e precarização do trabalho*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI72951,11049Terceirizacao+e+precarizacao+do+trabalho>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização. Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, nº 1, p. 54-84.