

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Luciana de Aboim Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-076-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

Os trabalhos científicos publicados nos anais do CONPEDI do Grupo de Trabalho intitulado “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I” são vinculados eminentemente ao campo específico dos direitos humanos laborais.

Notadamente, as pesquisas adensam esforços na investigação dos fenômenos relacionados à pandemia do COVID-19, neoliberalismo, reforma da normatização trabalhista, proteção de minorias, descentralização da produção, negociação coletiva e seus reflexos nas relações individuais, labor digital, economia de compartilhamento, entre outros aspectos.

Os artigos científicos ora publicados partem da perspectiva de que o modelo brasileiro de Estado Constitucional de Direito, pautado no valor social do trabalho e da livre iniciativa, tem por foco legitimador a promoção da dignidade do trabalhador em um sistema jurídico capaz de articular estes valores constitucionais no contexto contemporâneo de sociedade hipercomplexa.

Assim, atentam para uma regulação e organização estatal articulados com os objetivos constitucionais e os instrumentos internacionais de direitos humanos, especialmente da Organização Internacional do Trabalho – OIT, destacando metas e desafios diversos para alcançar uma sociedade justa, democrática e igualitária.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa

Profa. Dra. Luciana de Aboim Machado

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LIBERDADE DE TERCEIRIZAR CONSAGRADA PELA DECISÃO DO STF E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

THE FREEDOM TO OUTSOURCE CONFIRMED BY THE SUPREME COURT (STF) DECISION AND THE SUBSIDIARY LIABILITY

Márcia Assumpção Lima Momm ¹

Resumo

O artigo tem como objeto apresentar uma análise do impacto de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, na Justiça do Trabalho, que reconheceu a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, e a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, após a Reforma Trabalhista. A decisão desconstrói, em parte, a jurisprudência de mais de 30 anos do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Terceirização, Livre iniciativa, Responsabilidade subsidiária

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to present an analysis of the impact of the recent decision of the Supreme Federal Court, on Labor Justice, which recognizes the legality of outsourcing any and all activities, means or ends, and the subsidiary liability of the service taker, after the Labor Reform. The decision deconstructs, in part, the case law of more than 30 years of the Superior Labor Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Outsourcing, Free initiative, Subsidiary liability

¹ Advogada trabalhista e previdenciarista. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Gestão Estratégica de Planejamento Tributário e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, promoveu a alteração da Lei nº 6.019/1974, que trata sobre o trabalho temporário e a prestação de serviços a terceiros, fixando nos artigos 4º-A e 5º-A a permissão para a terceirização dos serviços em benefício das empresas tomadoras de serviços, de todas as atividades das contratantes, inclusive da atividade principal. Anteriormente à Reforma Trabalhista, não havia disposição legal no Brasil tratando sobre a possibilidade de terceirização irrestrita, nem sobre a vedação da terceirização da atividade-fim.

Como não havia proibição legal – nem permissão expressa – de uma empresa contratar e subcontratar outras empresas, nem limitação na forma de atuação da empresa, portanto, os empresários entendiam que a terceirização era permitida, inclusive da atividade-fim, contudo, este entendimento não era pacífico nos Tribunais do Trabalho e a jurisprudência que se formou na década de 90¹ fora de que a terceirização seria ilegal, exceto em algumas hipóteses. Isto posto, o TST firmou jurisprudência em desfavor da contratação de serviços por intermédio de pessoa jurídica na atividade principal da contratante, sem amparo na legislação, gerando insegurança jurídica para as partes envolvidas e empecilho ao exercício da livre iniciativa e da livre concorrência.

Este tema tem sido objeto de muitos debates, duelos dialéticos, discussões jurídicas e diversas ações na Justiça do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal - STF, culminando em 2016, no Tema 725 – terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim –, de repercussão geral. Evidenciada, assim, a necessidade de sacramentar um entendimento da Corte Suprema sobre o assunto, sob o enfoque da liberdade de contratar, fundamentada no art. 5º, II, da CRFB, pois de relevância nacional, tanto econômica, quanto social, a fim de garantir segurança jurídica e justiça social.

No segundo semestre de 2018, o STF julga a matéria em dois processos (ADPF 324/DF e RE 958.252/MG²) reconhecendo a licitude da terceirização, fundamentada nos princípios da legalidade (Art.5º, II, CRFB/1988), da livre iniciativa e livre concorrência (Arts. 1º, IV, e 170, CRFB); e do valor social do trabalho (Art. 1º, IV, CRFB). Examinando também

¹ A jurisprudência trabalhista fora consolidada na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST.

² Referem-se a uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e um Recurso Extraordinário nas quais se discutiram, à luz dos arts. 1º, IV, 5º, II, e 140 da Constituição da República Federativa do Brasil, a constitucionalidade da terceirização da atividade-fim ou meio da empresa contratante de serviços, em detrimento da Súmula 331 do TST, e a responsabilidade subsidiária em matéria trabalhista.

a constitucionalidade da Súmula 331 do TST relativo ao período anterior à vigência da Lei nº 13.467/2017, como sua subsistência posterior à reforma legislativa.

Os objetos desta investigação são os efeitos na Justiça do Trabalho da decisão do STF e a análise dos princípios constitucionais que ampararam as decisões, como da livre iniciativa e do valor social do trabalho, que são intrinsecamente interligados, e do contexto em que foi inserida a Lei nº 13.467/2017. Esta análise se justifica pela necessidade de se promover um equilíbrio no conflito entre o capital e o trabalho.

Para análise destes aspectos, o referencial teórico do artigo fora dividido em duas partes. Na primeira tratando dos fundamentos que resultaram no reconhecimento da terceirização da atividade fim pelo Supremo Tribunal Federal. Na segunda dispendo sobre a responsabilidade da contratante em relação aos seus empregados e aos terceirizados.

Na terceira parte deste artigo, fora dedicado ao impacto do *leading case* na Justiça do Trabalho e reflexões sobre a harmonização dos princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho.

O estudo foi desenvolvido tendo como amparo a decisão do STF de 30 de agosto de 2018 e o reflexo desta decisão na jurisprudência trabalhista no ano de 2019. Na pesquisa fora utilizada metodologia de base empírica e teórica, amparada por meio de estudo de caso e de jurisprudência, além de pesquisa bibliográfica.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O referencial teórico desta pesquisa fora organizado em duas partes: a primeira sobre a fundamentação da terceirização da atividade-fim e a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF; e a segunda sobre a responsabilidade da contratante em relação aos seus empregados e os empregados terceirizados colocados à sua disposição.

2.1 A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E A DECISÃO DO STF

A terceirização fora conceituada no ordenamento jurídico brasileiro somente em 2017, com a Reforma Trabalhista, como a prestação de serviços a terceiros com a transferência feita pela empresa 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, ao incluir o art. 4º-A na Lei nº 6.019/1974.

A Reforma aprovada no Brasil teve como intento a promoção da modernização da legislação trabalhista, reconhecendo que as empresas desempenham papel econômico-social fundamental³. Assim, a Lei nº 13.467/2017 surgiu para dar, em parte, segurança jurídica para fins de cumprimento das normas legais laborais para quem empreende, minimizando os conflitos advindos por obrigações e direitos criados por jurisprudência.

A terceirização no âmbito trabalhista seria a relação jurídica trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, na qual a empresa prestadora de serviços coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes, servindo de intermediadora entre a empresa contratante dos serviços e os trabalhadores.

Segundo Delgado (2018, p. 540) a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente, entendendo-se:

Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, 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 do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Todavia, como pondera Ives Gandra da Silva Martins Filho, em artigo escrito após audiência pública feita no TST em 2011 sobre a terceirização, que buscava compreender o fenômeno para alcançar os caminhos da legalidade, a terceirização seria um fenômeno socioeconômico e uma forma de organização empresarial.

No referido artigo, Filho (2012, p. 13) disserta:

Com efeito, a competitividade empresarial própria da economia de mercado, somada ao desenvolvimento tecnológico, aponta para a especialização como o caminho a ser trilhado para se chegar ao aumento da qualidade do bem ou serviço oferecido. Quanto mais especializado é um médico, advogado ou fornecedor, mais ele passa a ser procurado, por atender melhor à necessidade específica das pessoas.

...

³ Exposição de motivos do Projeto de Lei 6.787/2016, transformado na Lei nº 13.467/2017.

Portanto, não se pode pretender impedir a terceirização a todo custo, inclusive *contra legem*, nem distorcer realidades fáticas que demonstram a possibilidade, viabilidade e conveniência da terceirização de serviços. O que, sim, é necessário é a adoção de medidas que protejam adequadamente os trabalhadores terceirizados, assegurando-lhes não apenas os direitos trabalhistas mínimos, mas também as condições de trabalho seguras e dignas.

O fenômeno da terceirização, entretanto, já se faz presente no Brasil há mais de 40 anos, inicialmente com a contratação de empresas pela Administração Pública para alguns serviços e possibilidade de locar mão-de-obra temporária em duas situações específicas dispostas na redação original da Lei nº 6.019/1974. Entretanto, sua profusão se dá após a abertura econômica do país na década de 90, na qual as empresas brasileiras passam a competir internacionalmente e precisam se especializar em diversos segmentos para aumentar produtividade e qualidade.

Nessa esteira, sem legislação específica sobre o tema, iniciam-se discussões jurídicas, debates, teses, duelos dialéticos, acerca da possibilidade de terceirizar. Advém a jurisprudência do TST, consubstanciada na Súmula nº 331, sem efeito vinculante, que desde sua redação de 1993, entende que só há possibilidade de terceirizar em algumas atividades específicas e atividades-meio, como se observa de sua redação a seguir:

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 nº 6.019, de 03.01.1974).

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

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

Assim, a Justiça do Trabalho passa a se utilizar da Súmula supracitada como fundamento para impossibilitar empresas de terceirizar qualquer atividade, restringindo o direito de atuação empresarial, infringindo dispositivos constitucionais como da livre iniciativa (Art. 1º, IV, da CRFB) e da legalidade (Art. 5º, II, da CRFB). Condenando as empresas contratantes ao reconhecimento do vínculo do emprego dos empregados da empresa contratada, determinando a responsabilidade direta em matéria trabalhista. Essa atuação, no estilo ‘caça as bruxas’ às empresas que terceirizam mão-de-obra, não se dava tão somente na Justiça do Trabalho, como também nas ações fiscais do Ministério do Trabalho e nas ações do Ministério do Público do Trabalho. Gerando insegurança jurídica para quem empreendia no Brasil.

Suscitaram-se, então, diversos recursos no Supremo Tribunal Federal - STF, culminando em 2016, no Tema 725 - Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim, de repercussão geral, trazido no Recurso Extraordinário (RE) 958.252/MG, para exame da constitucionalidade da Súmula 331 do TST, no que concerne à proibição da terceirização de atividades fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada.

Em 30 de agosto de 2018, o STF analisa o RE retrocitado e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324/DF, para, entre outros, reconhecer a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, após a Reforma Trabalhista, e que compete à contratante: verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

Conclui o STF que a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro mesmo no período anterior à Reforma Trabalhista, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa, reputando-se inconstitucional parte da Súmula 331 do TST, por violação, entre outros princípios, da livre iniciativa e da livre concorrência (Arts. 1º, IV, e 170, CRFB).

A livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado do valor social do trabalho, consoante o inciso IV do art. 1º da Constituição Federal, combinado com o

seu art. 170, norteiam a ordem econômica e social. Estes princípios são intrinsecamente vinculados, em uma ligação dialógica que impede seja sobrestimada apenas um desses princípios, haja vista ser essencial para o progresso a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Segundo o art. 170 da CRFB, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados entre outros princípios, da livre concorrência; redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

Bastos (1990, p. 16) entende a livre iniciativa como uma manifestação dos direitos fundamentais de todos a se lançarem no mercado de produção de bens e serviços:

“o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através da realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa”.

A figura central da livre iniciativa é o pleno exercício de atividades econômicas por todos, inclusive empresas, consagrado em nosso regime constitucional como fundamento da República e da ordem econômica, valorizando a integração entre o capital e o trabalho a partir dessa liberdade de iniciativa, com intuito de desenvolvimento econômico, da redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

Para Grau (2000, p. 231) a livre iniciativa se trata tanto de liberdade de empresa como de trabalho, abrangendo todas as formas de produção, individuais ou coletivas, esclarecendo-se que a livre iniciativa consiste em que o Estado não deverá opor empecilhos à liberdade humana.

Nesse diapasão, a empresa se subsumi como o centro da aplicação do princípio da livre iniciativa, devendo receber tutela especial do Estado, no sentido de não ter o comprometimento do exercício de suas atividades econômicas, tendo em vista ser unidade produtora de bens e serviços para a sociedade e geradora de emprego e renda para os trabalhadores, como ilustra Filho (2012, p. 13). Concretizado no valor social do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos

da República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV, da CRFB), e da justa retribuição ao capital e ao trabalho (Art. 766 da CLT).

Tavares (2006, p. 259) define a livre concorrência como garantia de um sistema econômico eficiente e legítimo, como a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.

O fundamento da livre iniciativa, que rege a ordem econômica e a República do Brasil, deve garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos sem discriminação de qualquer natureza (Art. 3º da CRFB).

Nessa direção fora a decisão do STF, no RE 958.252/MG e na ADPF 324/DF, ao fixar 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. Tendo como consectário, que a terceirização, das atividades de uma empresa, tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (Arts. 1º e 170 da CRFB), que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

Ainda fora destacado que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constam em um mesmo inciso (Art. 1º, IV, da CRFB), estando ligados em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios. Não se podendo legitimar, binariamente, a intervenção restritiva em um sob o pretexto de homenagem ao outro, porquanto componentes de um mesmo núcleo comum e harmônico.

Por fim, a decisão do STF consagra a liberdade, não só de iniciativa ou de concorrência empresarial, mas a jurídica, consistente na faculdade de fazer ou deixar de fazer o que quiser, exceto se houver vedação em lei, insculpida no art. 5º, II, da CRFB, como princípio da reserva legal. Desta feita, a Súmula 331 do TST, construída jurisprudencialmente, não poderia determinar obrigação não fundada em lei, com intuito de frustrar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e eficiente, terceirizando, se desejar, quaisquer de suas atividades.

2.2 A RESPONSABILIDADE DA CONTRATANTE

As empresas que compõem a triangulação da terceirização assumem os riscos de suas atividades econômicas, conforme disposição do art. 2º da CLT, segundo o qual a empresa assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Desta forma, cada empresa envolvida nesta cadeia de valor é responsável diretamente pelos empregados que contratar, devendo observar a legislação trabalhista e de segurança e saúde no trabalho em relação ao seu quadro de pessoal.

Além disso, o § 1º do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, incluído pela Lei nº 13.429/2017, reforça que a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. E o § 2º do artigo supracitado determina que 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.

Nesta linha, segundo Moura e Praxedes (2015, p. 315), o risco empresarial deve ser suportado por aqueles que o promovem e que dele tiram benefícios financeiros diretos, com o intuito de auferir lucro, não sendo lícito repassá-los a terceiros, sob pena de responsabilidade civil.

Não obstante a responsabilidade direta de cada empresa em relação ao seu empregado, a jurisprudência trabalhista, consubstanciada no item IV da Súmula 331 do TST, desde a década de 90 é no sentido da empresa tomadora de serviços ter de responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas caso a empresa prestadora de serviços inadimplir e esta fazer parte da relação processual e do título executivo judicial.

Quanto à responsabilidade da tomadora de serviços, a Lei nº 6.019/1974, em seu art. 5º-A, incluído pela Lei nº 13.429/2017 e alterado pela Lei nº 13.467/2017, dispôs que:

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.

...

§ 3º É responsabilidade da 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.

...

§ 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 nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Assim, com a regulamentação da matéria a empresa contratante dos serviços é responsável diretamente pela segurança, higiene e salubridade dos empregados da terceirizada, bem como, é responsável subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas que a empresa terceirizada inadimplir.

A responsabilidade subsidiária decorre da preservação da não exploração da atividade econômica às custas da dignidade do trabalhador, portanto, deve se dar garantias mínimas aos trabalhadores, observando os direitos dispostos na legislação trabalhista e no art. 7º da CRFB.

Na decisão do STF na ADPF 324/DF, fora declarado, além da licitude da terceirização de forma irrestrita, de que 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 nº 8.212/1991.

Assim sendo, na terceirização, a empresa contratante de serviços deve se certificar das condições econômicas e jurídicas da empresa cujo serviço se está tomando. Deve cuidar também com as condições de saúde e segurança dos empregados das empresas terceirizadas colocados à sua disposição, assegurando a estes as mesmas condições de segurança do trabalho que são asseguradas aos seus próprios empregados. Ainda e mais importante, a tomadora do serviço permanece com responsabilidade subsidiária no caso de descumprimento das normas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviço.

Quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias será observado o disposto nos arts. 31 e 33 da Lei nº 8.212/1991, quanto à retenção e responsabilidade solidária.

Para melhor elucidação sobre o tema, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação previdenciária principal e as expressamente designadas por lei como tal, consoante o disposto no art. 151 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

Dessarte, no que diz respeito às contribuições previdenciárias haverá a responsabilidade solidária, que neste caso, o Fisco pode exigir a totalidade do débito de qualquer dos responsáveis, empresa tomadora dos serviços ou empresa prestadora de serviços. Todavia, excluem-se da responsabilidade solidária as contribuições destinadas a outras entidades e fundos e as contribuições sociais previdenciárias decorrentes de serviços prestados sujeitos à retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/1991 (Art. 151, § 2º, da Instrução Normativa RFB nº 971/2009).

Para elidir-se da responsabilidade solidária, a empresa contratante de serviços prestados deverá reter 11% do valor bruto da Nota Fiscal, da Fatura ou do Recibo de prestação de serviços, desde que o serviço prestado esteja sujeito a esta retenção, e recolher à Previdência Social a importância retida, na forma dos arts. 31 e 33 da Lei nº 8.212/1991 e do art. 112 e seguintes da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

O STF decidiu nos processos ADPF 324/DF e RE 958.252/MG, objeto desta pesquisa, que é aplicável às relações jurídicas preexistentes à Lei nº 13.429/2017, a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, em face da necessidade de evitar vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade parcial da Súmula nº 331 do TST.

Como vimos, por evolução jurisprudencial e, atualmente, por disposição legal, cabe à empresa contratante dos serviços: i) certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato; ii) assegurar condições de segurança e salubridade sempre que o trabalho for realizado nas suas dependências; iii) assumir a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada deixe de honrar quaisquer dessas obrigações (desde que tenha participado na relação processual em que ocorrer a condenação e que conste do título judicial).

3 O IMPACTO DA DECISÃO DO STF NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Concluso, pelo STF, em 30 de agosto de 2018, nos processos ADPF 324/DF e RE 958.252/MG, que a terceirização de quaisquer atividades da empresa é compatível com a Constituição Federal e fundada nos seus arts. 1º, IV, 5º, II, e 170, os quais garantem a livre iniciativa, o valor social do trabalho e a liberdade contratual. Restou insubsistente a Súmula nº 331 do TST, contudo, a mesma não fora, até o presente momento, alterada ou revogada pelo Tribunal do Trabalho.

O STF entendeu ainda ser válida e constitucional a terceirização da atividade fim determinada pela Lei nº 13.467/2017, aplicando-se inclusive a solução da reforma trabalhista aos casos pretéritos.

Nesta pesquisa, objetivamos observar, ao final, como a decisão do STF, de efeito vinculante, impactou na Justiça do Trabalho, assim, foram pesquisadas as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, através do sistema de pesquisa de jurisprudência do site do TST,

disponível no endereço eletrônico <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>, do período de 1º de setembro de 2018 a 25 de novembro de 2019, resultando em mais de 9.000 acórdãos sobre o tema terceirização.

Refinando a pesquisa ao tema da terceirização da atividade-fim e a decisão do STF de 30/08/2018, resultou em menos de 1.000 acórdãos, constando na maioria a determinação da reforma dos julgados, utilizando-se do juízo de retratação disposto no novo Código de Processo Civil, art. 1.030, inciso II, para reconhecer a licitude da terceirização, como se observam das ementas de alguns julgados a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Nega-se provimento aos Embargos de Declaração quando não demonstrada a existência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado, hipóteses previstas nos arts. 897-A da CLT e 1.022 do CPC/2015. Ademais, como consignando no acórdão recorrido, a matéria foi objeto de análise pelo STF, no julgamento do RE-958.252 (com repercussão geral reconhecida - Tema 725) e da ADPF 324, quando foi fixada a tese de que é lícita a terceirização de serviços, independentemente do tipo de atividade e/ou objeto social da empresa. Assim, conforme o Precedente firmado pela Suprema Corte, de efeito vinculante, não há falar-se em ilicitude da terceirização e, por conseguinte, no reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora dos serviços. Embargos de Declaração conhecidos e não providos. (Processo: ED-RR-1719-20.2010.5.03.0111; Órgão Judicante: 1ª Turma; Relator: LUIZ JOSÉ DEZENA DA SILVA; Julgamento: 20/11/2019; Publicação: 25/11/2019)

RECURSO DE REVISTA DA 2.ª RECLAMADA (CLARO S.A.). APELO APRECIADO ANTERIORMENTE POR ESTA TURMA. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. TEMAS 725 E 739 DA REPERCUSSÃO GERAL. EXERCÍCIO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, II, DO CPC/2015 (ART. 543-B, § 3.º, DO CPC/1973). (Processo: RR-1026-03.2010.5.03.0025; Órgão Judicante: 1ª Turma; Relator: LUIZ JOSÉ DEZENA DA SILVA; Julgamento: 20/11/2019; Publicação: 22/11/2019)

RECURSOS DE REVISTA. TELEMONT ENGENHARIA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. E TELEMAR NORTE LESTE S/A. ANÁLISE CONJUNTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. TEMA Nº 739 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Processo: RR - 71200-42.2008.5.03.0143; Órgão Judicante: 7ª Turma; Relator: EVANDRO PEREIRA VALADÃO LOPES; Julgamento: 06/11/2019; Publicação: 22/11/2019)

RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ART. 1.030, II, DO CPC/2015 - EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. (Processo: RR - 189-33.2011.5.05.0032; Órgão Judicante: 7ª Turma; Relator: LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO; Julgamento: 20/11/2019; Publicação: 22/11/2019)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - JULGAMENTO ANTERIOR PELA C. TURMA - DEVOLUÇÃO PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO – TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM, INERENTES, ACESSÓRIAS OU COMPLEMENTARES POR EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO - LICITUDE - VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS NÃO CONFIGURADO (Processo: RR - 2947-67.2010.5.12.0050; Órgão Judicante: 8ª Turma; Relatora: MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI; Julgamento: 20/11/2019; Publicação: 22/11/2019)

RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA (TELEFÔNICA BRASIL S.A.) INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - JULGAMENTO ANTERIOR PELA C. TURMA - DEVOLUÇÃO PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO – TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM, INERENTES, ACESSÓRIAS OU COMPLEMENTARES POR EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO - LICITUDE - VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS NÃO CONFIGURADO (Processo: RR - 643500-24.2009.5.09.0019; Órgão Judicante: 8ª Turma; Relatora: MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI; Julgamento: 20/11/2019; Publicação: 22/11/2019)

Como se denota na pesquisa, a decisão do STF colidiu com a Súmula 331 do TST, desta feita, na forma do art. 1.030, inciso II, do CPC, está sendo realizado juízo de retratação para adequar as decisões do TST ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, reconhecida pelo STF a tese de que a terceirização de atividade-fim é lícita, com amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (Art. 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade jurídica (Art. 5º, II, da CRFB) e, que a observância destes não caracteriza, por si só, a violação da dignidade da pessoa humana ou desrespeito ao valor social do trabalho, restando, enfim, ao TST adotar o juízo de retratação.

Por fim, cabe ainda ao TST fazer a alteração da sua Súmula nº 331, posto que parcialmente declarada inconstitucional, a fim de apaziguar o conflito entre capital x trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, cujo tema era a repercussão da decisão do STF sobre terceirização na Justiça do Trabalho, os objetivos foram alcançados. E, em respeito às análises realizadas por meio de estudo de caso e pesquisa jurisprudencial escorada no referencial teórico, a seguir algumas considerações.

Observamos que a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos processos Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF e no Recurso Extraordinário 958.252/MG, ao reconhecer a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, desconstruiu, quase que na totalidade, a jurisprudência de muitos anos do Tribunal Superior do Trabalho. O que nos forçou refletir sobre os seus fundamentos, o contexto em que foi inserida a Lei nº 13.467/2017 ao regular a terceirização no Brasil de forma irrestrita, bem como, o novo olhar sobre os princípios constitucionais fundamentais que ampararam a decisão, em especial dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos no art. 1º, IV, e 170 da CRFB, não obstante, estes princípios devem coexistir harmonicamente.

A questão posta nesta pesquisa fora que a decisão do STF atravessou a jurisprudência trabalhista sumulada pelo TST, forçando o referido Tribunal Superior a retratar todas as decisões anteriores em sentido contrário, adequando-se a nova diretriz interpretativa, o que vem fazendo ao longo do ano de 2019. Restando ao TST ainda a modificação de sua Súmula 331.

Neste novo ditame, os princípios constitucionais devem ser aplicáveis a fim de assegurar empregos e direitos dos trabalhadores, mas também de desenvolvimento econômico, pois sem este não haverá empresas para empregar, gerar renda ou garantir qualquer outro direito para os trabalhadores.

Ao Estado cabe garantir que a empresa tenha liberdade do exercício de sua atividade, com intervenção mínima e subsidiária, pois o crescimento econômico é essencial para a manutenção da economia, assegurando, contudo, o respeito aos direitos dos cidadãos, da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Finalmente, a pesquisa proporcionou o exame de diversos princípios constitucionais fundamentais através da decisão do Supremo Tribunal Federal, que passou a dar guarida à livre iniciativa, inculcando esta premissa aos Tribunais inferiores e ao Tribunal Superior do Trabalho, que devem examinar este princípio harmonicamente com o princípio do valor social do trabalho, a fim de promover justiça social.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. v. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Lei 13.467, de 13 de julho 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 nº 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/113467.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324. Origem: DF - Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Direito do Trabalho. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 6 setembro 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341024987&ext=.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Origem: MG - Minas Gerais. Relator: Min. Luiz Fux. Recurso extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito constitucional. Direito do trabalho. Constitucionalidade da “terceirização”. Admissibilidade. Ofensa direta. Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV, CRFB). Relação complementar e dialógica, não conflitiva. Princípio da liberdade jurídica (Art. 5º, II, CRFB). Consecutário da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB). Vedação a restrições arbitrárias e incompatíveis com o postulado da proporcionalidade. Demonstração empírica da necessidade, adequação e proporcionalidade estrita de medida restritiva como ônus do proponente desta. Rigor do escrutínio equivalente à gravidade da medida. Restrição de liberdade estabelecida jurisprudencialmente. Exigência de grau máximo de certeza. Mandamento democrático. Legislativo como lócus adequado para escolhas políticas discricionárias. Súmula 331 do TST. Proibição da terceirização. Exame dos fundamentos. Inexistência de fragilização de movimentos sindicais. Divisão entre “atividade-fim” e “atividade-meio imprecisa, artificial e incompatível com a economia moderna. Cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas. Estratégia organizacional. Inexistência de caráter fraudulento. Proteção constitucional da liberdade de desenho empresarial (Arts. 1º, IV, e 170).

Ciências econômicas e teoria da administração. Profusa literatura sobre os efeitos positivos da terceirização. Observância das regras trabalhistas por cada empresa em relação aos empregados que contratarem. Efeitos práticos da terceirização. Pesquisas empíricas. Necessária observância de metodologia científica. Estudos demonstrando efeitos positivos da terceirização quanto a emprego, salário, turnover e crescimento econômico. Insubsistência das premissas da proibição jurisprudencial da terceirização. Inconstitucionalidade dos incisos I, III, IV e VI da Súmula 331 do TST. Afastamento da responsabilidade subsidiária da contratante por obrigações da contratada. Recurso extraordinário provido. 13 setembro 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18 ed. São Paulo: LTr, 2018.

GRAU. Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5 ed. São Paulo: Mallheiros, 2000.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. O fenômeno da terceirização e as suas implicações. **Revista Direito Público**, DPU nº 43, Jan-Fev/2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2054/1081>. Acesso em: 17 nov. 2019.

_____. Os Pilares do Direito do Trabalho: Princípios e sua Densidade Normativa. **Revista de Direito do Trabalho**, nº 49. Jul-Ago de 2012. São Paulo: Magister, 2012.

MOURA, Francisco Ercílio; PRAXEDES, Antônio Torquillo. A terceirização como fator de desigualdade formal entre trabalhadores e como mecanismo de fragilização da relação de emprego. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, ISSN: 2316-753X, V. 4, N. 41, 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1459>. Acesso em: 16 set. 2019.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2006.