

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

RAFFAEL SCHAEFER NEVES

**A TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A SUA NOVEL REGULAÇÃO E A PREVALÊNCIA
DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA**

CURITIBA

2018

RAFFAEL SCHAEFER NEVES

**A TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A SUA NOVEL REGULAÇÃO E A PREVALÊNCIA
DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Me. Mauro Joselito Bordin

CURITIBA

2018

RAFFAEL SCHAEFER NEVES

**A TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A SUA NOVEL REGULAÇÃO E A PREVALÊNCIA
DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Professor Mauro Joselito Bordin

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente à Cristo que, há dois mil anos atrás morreu e ressuscitou por mim, para me dar Vida, Liberdade e Graça.

Ademais, agradeço meus pais que fazem tudo por mim. Graças a vocês eu tenho um cais seguro aonde posso repousar todas as noites, e um “forte” onde posso vencer qualquer batalha.

Ainda, agradeço também a Beatriz Cherem. Sou eternamente grato à Deus por Ele ter colocado você na minha vida, você é incrível, você é a melhor.

Em tempo, agradeço aos amigos que fiz ao longo destes 5 anos de curso, em especial os “cabeças” do Diretório Central dos Estudantes, evidentemente levarei vocês comigo por toda vida. Em especial o maior e melhor libertário Gabriel Antonelli que vive passando vergonha comigo, e, ainda, o comunista mais liberal que eu conheci até hoje, Dr. Carlos Augusto Almeida Walger, que todos os dias me ensina algo diferente. Amo vocês.

Continuamente, agradeço os advogados que me introduziram neste universo do Direito do Trabalho, bem como iniciaram minha paixão a este ramo: Dr. Fabio Augusto Mello Peres e Dr. João Guilherme Walski de Almeida. Eu me inspiro em vocês.

Também, agradeço meu orientador, Prof. Mauro Joselito Bordin, que, em todas as aulas e todos os encontros para me orientar, me ensinou e me inspirou a ser alguém melhor, fazendo através do seu exemplo, que eu buscasse o equilíbrio entre a educação, cordialidade, zelo e caráter. Obrigado por confiar em mim e acreditar no meu potencial. Você, indubitavelmente é admirável e conhecê-lo é um privilégio inenarrável.

Por fim, quero registrar os meus mais profundos agradecimentos ao Prof. Edimar Inocêncio Brigido. Graças a você eu amo filosofia. Certamente foi um privilégio participar das suas aulas e dos debates nelas promovidos. Você me ensinou a pensar e a refutar a mim mesmo. Obrigado por me ajudar a ser quem eu sou.

RESUMO

O Presente trabalho busca demonstrar como se realizava a terceirização antes da novel regulação (*in legis*), bem como as alterações realizadas pela lei atualmente vigente. Inicialmente, discorreu-se acerca de princípios basilares da nossa sociedade assim como princípios mercantis, com a finalidade de compreender mais facilmente sobre a necessidade de regulação através de Lei (como é o caso atualmente), e não através do ativismo judicial. Ora, há de se observar que a nossa sociedade, organizada pela Constituinte de 1988, é regida por princípios. O princípio basilar, sem dúvida é o da Legalidade. Isto significa que, a fim de que se vivencie de fato a segurança jurídica, a liberdade e os demais princípios, os atos, condutas e possibilidades devem ser – ainda que de forma mínima – prevista em lei. Tal compreensão se dá no primeiro capítulo do trabalho. No segundo capítulo, iremos compreender como se dava a terceirização antes da novel regulação. Isto significa dizer que a pesquisa traz o entendimento sobre a Súmula 331, do TST, ainda, há pesquisa quanto a responsabilidade da prestadora e tomadora de serviços. Por fim, no terceiro capítulo, estuda-se acerca das duas novas leis que tratam sobre a terceirização. O objetivo do trabalho é a percepção da necessidade de regulamentação através de lei, para que se tenha o estrito cumprimento e respeito ao princípio da Legalidade.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Terceirização. Atividades-fim. Liberdade econômica. Liberdade de escolha.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PRINCÍPIOS MERCANTIS	9
2.1 ASPECTOS GERAIS	9
2.2 DA LIBERDADE	12
2.3 DA LIVRE INICIATIVA.....	19
2.4 DA ESCASSEZ	21
2.4.1 Da Micro e Macroeconomia.....	24
2.5 DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	25
2.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
3 TERCEIRIZAÇÃO – REGULAMENTAÇÃO SUMULADA	29
3.1 TERCEIRIZAÇÃO E O SEU CONCEITO.....	31
3.2 DA RELAÇÃO DE EMPREGO X RELAÇÃO DE TRABALHO	34
3.3 DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA	36
3.4 DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	41
3.5 DO VINCULO EMPREGATÍCIO E DA RESPONSABILIDADE	43
3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
4 DA TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A NOVEL REGULAÇÃO	50
4.1 ASPECTOS GERAIS QUANTO A NOVEL REGULAÇÃO	51
4.2 DA LEI N. 13.429/2017.....	53
4.3 DA LEI N. 13.467/2017.....	54
4.4 DA RESPONSABILIDADE	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O Estado tem por função garantir os direitos e fiscalizar os deveres de todos os cidadãos pertencentes àquela sociedade. Evidentemente, tais direitos e/ou deveres são positivados e fundam-se, em tese, nos costumes e princípios que regem a sociedade.

Com o direito do trabalho não é diferente. Os direitos e deveres do trabalhador bem como do empregador são, ou deveriam ser legislados para dar maior efetividade as relações jurídicas que envolvam labor. Com o advento da reforma trabalhista, muita coisa se mudou e tais mudanças trouxeram consigo inúmeras polemicas.

Ora, inequívoco que a aplicação das mudanças à terceirização será árdua, entretanto, mostra-se necessária, vide a maior liberdade concedida ao empresário.

Os protecionistas, por sua vez, entendem que esta liberdade poderá avolumar a hipossuficiência e “vulnerabilidade” do trabalhador, causando um maior desequilíbrio social ampliando assim, a segregação, a falta de isonomia e a desigualdade.

Conforme a sociedade foi evoluindo, o legislador percebeu a necessidade de aperfeiçoar as leis, a fim de que estas se adequassem àquela.

Pois bem, nas palavras de João Marcos Castilho Morato: “o Direito do Trabalho está em transformação e deve acompanhar as mudanças por que o mundo vem passando.”¹

Ora, uma vez que a busca por maior liberdade de iniciativa e concorrência mercantil vem aumentando, é obrigação do “Estado Garantidor” legislar a respeito, a fim de que se regule esta liberdade.

Esta lógica na área trabalhista foi protelada e as mudanças procrastinadas, visto que os “protetores do trabalhador” não vislumbravam (e talvez ainda não vislumbrem) os efeitos positivos da maior liberdade para os empresários.

É evidente que devemos observar a hipossuficiência do trabalhador, entretanto, qual seria a melhor forma de diminuir tal hipossuficiência, senão legislando e/ou regulamentando sobre as diretrizes da forma de realização de certas atividades?

¹ MORATO, João Marcos Castilho. **Globalismo e Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Inédita, 2003. p. 109.

Ainda, ao observar a história, nota-se que o Brasil, na década de 40, era um país primordialmente agrícola, começando a buscar maneiras de industrialização e de melhorias nos métodos de produção. Notadamente, os costumes e “culturas sociais” daquela época não são mais compatíveis com os costumes e culturas do século XXI. Logo, deste ponto de vista, a reforma resta justificada. Ademais, neste sentido, calha observar o que Arion Sayão Romita, diz:

A legislação que regula as relações de trabalho foi implantada no Brasil nos anos 30 e 40 do século XX, diante de circunstâncias históricas, sociais e culturais bem diferentes das de hoje. No plano da economia, o Brasil era, naquela quadra histórica, “um país essencialmente agrícola”, começando a ingressar no campo da industrialização.²

Neste sentido, segundo os pensamentos em epígrafe, observa-se que o legislador foi sensível às mudanças sociais e buscou adaptar a lei em consonância com as alterações da sociedade.

A análise da regulação frente à terceirização será realizada com o fundamento na importância do tema, tal como no dever do Estado de proporcionar a legalidade das ações entre os contratantes, quais sejam, Empregador e Empregado.

² ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xeque e outros Ensaio**. São Paulo: LTr, 2003. p. 42.

2 PRINCÍPIOS MERCANTIS

Conforme explicitado no pré-projeto, é imprescindível o entendimento de alguns princípios mercantis, basilares da nossa sociedade, para que possamos compreender melhor a necessidade da regulamentação (proteção) estatal das atividades econômicas, a fim de que não exista, ou que seja minimizada, qualquer possibilidade de abuso e/ou afronta aos direitos civis e trabalhista do indivíduo.

Ainda, calha ressaltar que o intuito da presente pesquisa não é fazer um estudo de qual dinâmica da terceirização é a melhor (antes ou depois da regulação in legis), mas sim, explicitar a necessidade da regulamentação feita pelo poder legislativo, para que haja uma segurança jurídica para o trabalhador e para o tomador dos serviços do obreiro.

2.1 ASPECTOS GERAIS

Antes de começarmos a entender sobre terceirização e porque é necessária a regulamentação da matéria, mister se faz compreender alguns princípios.

O entendimento dos princípios infra explicitados será essencial para uma boa compreensão da necessidade de regulamentação das atividades que podem (e não podem) ser exercidas pelos indivíduos em uma sociedade.

Ora, tudo em nossa sociedade é baseada em princípios que devem - para um bom convívio social - ser seguidos; isso fica mais claro quando observamos a Constituinte de 88, onde fica evidente a preocupação do legislador em embasar as normas ali descritas em princípios.

Como se denota, a nossa sociedade se alicerça em mínimas noções principiológicas.

Pelo assunto principal deste presente trabalho ser a terceirização, necessitamos saber, mesmo que de forma simplificada, os princípios básicos do direito empresarial assim como os princípios do direito do trabalho, obviamente.

A ligeira explanação acerca dos princípios empresariais, trabalhistas e mercantis nos dará um mínimo de base para iniciarmos a tratar de terceirização.

Ora, em qualquer relação jurídica existem princípios que ditam as diretrizes da obrigação para que não ocorram excessos.

Sobre os princípios empresariais, Marlon Tomazette, em seu livro de curso de direito empresarial citando o prof. Fabio Ulhoa Coelho, indica alguns dos princípios mais importantes para a lógica empresarial:

Fabio Ulhoa Coelho faz uma enumeração mais detalhada dos princípios, incluindo os princípios da livre-iniciativa, da liberdade de concorrência, da função social da empresa, da liberdade de associação, da preservação da empresa, da autonomia patrimonial da sociedade empresária, da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios, da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, o princípio majoritário das deliberações sociais, da proteção ao sócio minoritário, da autonomia da vontade, da vinculação dos contratantes ao contrato, da proteção do contratante mais fraco, da eficácia dos usos e costumes, os princípios do direito cambiário, o princípio da inércia do risco, o princípio do impacto social da empresa e o princípio da transparência nos processos falimentares.³

É claro que pelo presente trabalho se tratar da Terceirização frente sua novel regulamentação, todos os princípios em epígrafe citados não serão estudados a fundo, entretanto, em aspecto geral, muitos deles nos interessam.

É interessante termos está “noção básica” dos princípios empresariais, eis que a Lei 13.429/2017 (Lei da terceirização) trata-se do estrito cumprimento do Dever/Poder do Estado Garantidor.

Ora, não há como a empresa cumprir e/ou usufruir de todos os princípios acima, se não houver uma regulação acerca das possibilidades de exercício da atividade mercantil.

Logo, ressalta-se: A regulação traz a possibilidade às empresas e aos trabalhadores.

Isto porque, como é sabido, os trabalhadores (em regra) se encontram na posição de hipossuficiência da relação, portanto, a regulação permite uma maior proteção para o obreiro, visto que caso ocorra algum tipo de abuso, a justiça poderá amparar o empregado que foi lesado.

Não calha, no presente trabalho, questionar os benefícios ou malefícios do empresário poder terceirizar atividades fim, mas, sim, a necessidade estatal da positivação desta possibilidade, visando a valorização da autonomia da vontade, da liberdade e, por consequência, da Dignidade da Pessoa Humana.

³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral E Direito Societário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 34.

Ademais, por se tratar de matéria trabalhista, é nítido que devemos conhecer, ainda que de forma singela, os principais princípios trabalhistas.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

Os mais importantes princípios especiais justralhistas indicados pela doutrina são: a) princípio da proteção (conhecido também como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo e denominações congêneres); b) princípios da norma mais favorável; c) princípio da imperatividade das normas trabalhistas; d) princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (conhecido ainda como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas); f) princípio da inalterabilidade contratual lesiva (mais conhecido simplesmente como princípio da inalterabilidade contratual objetiva); g) princípio da intangibilidade salarial (chamado também integridade salarial, tendo ainda como correlato o princípio da irredutibilidade salarial); h) princípio da primazia da realidade sobre a forma; i) princípio da continuidade da relação de emprego. Este grande grupo de nove princípios especiais forma aquilo que denominamos núcleo basilar dos princípios especiais do Direito do Trabalho (ou Direito Individual do Trabalho).⁴

Novamente, ratifica-se que a possibilidade do trabalhador (e o empresário) conseguir cumprir e/ou usufruir dos princípios basilares “do universo trabalhista” sem que exista a devida regulamentação.

Conforme previamente argumentado, o Estado tem o Dever/Poder de regular as relações jurídicas que envolvam os indivíduos da sociedade, desta forma, não podemos sequer pensar em um Estado Democrático de Direito sem as regulamentações pertinentes para cada relação negocial da sociedade, muito menos, relações empregatícias.

O Estado deve, sim, regular as relações negociais e as possíveis formas de cumprimento das obrigações advindas de tais relações, a fim de que exista uma maior segurança jurídica para as partes.

Logo, conclui-se que o estudo de alguns princípios sociais e mercantis é primordial para a plena compreensão da necessidade de regulação in legis da terceirização, vez que a nossa sociedade se baseia em princípios, e conseqüentemente, a lei não poderia ser diferente.

Portanto, a seguir analisaremos alguns dos princípios basilares do mercado, a fim de que se compreenda a necessidade estatal da regulamentação, vez que, desta regulamentação, as possibilidades de criação de bens e serviços são ampliadas.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 200.

2.2 DA LIBERDADE

É sabido que a maior luta da humanidade é a luta pela liberdade. Ora, ao observarmos as revoluções industriais, revolução francesa, guerras mundiais e etc., notamos que de um lado existe a tentativa de supressão da liberdade e de outro o combate para que a liberdade seja exaltada.

Ludwig Von Mises trás a seguinte ideia de liberdade:

Liberdade na sociedade significa que um homem depende tanto dos demais como estes dependem dele. A sociedade, quando regida pela *economia livre*, apresenta uma situação em que todos prestam serviços aos seus concidadãos e são, em contrapartida, por eles servidos.⁵

Essa luta constante, ocorre, na maioria das vezes pelo abuso de poder estatal ou pela omissão na criação das normas. Vejamos.

O Ilmo. Professor Edimar Inocêncio Brígido, em análise do grande filósofo Thomas Hobbes, esclarece a necessidade de uma regulação estatal:

Contudo, uma pergunta parece propícia: Dado o Estado Absoluto, autoritário, ilimitado, onde fica o indivíduo e sua liberdade? Segundo Hobbes, os homens uniram-se voluntariamente em sociedade política para nela viverem mais felizes, tanto quanto permite a condição humana. No entanto, essa vivencia deve ter parâmetros e estes só poderão ser construídos a partir do Estado (representados num homem ou numa assembleia de homens). E, entre viver num estado de guerra, anarquia, insegurança total, liberdade ilimitada ou num estado que mantenha um poder comum, a paz, a segurança, a credibilidade e a liberdade restringida, com certeza o homem escolhe a segunda opção: uma união que assegure a conservação da vida dos súditos contra todos os perigos, o gozo desta e a paz. Cabe ao súdito assegurar uma liberdade que não seja prejudicial à paz. Ser livre é praticar as normas para o bom andamento da sociedade. O súdito tem liberdade de praticar todos os atos que a lei não proíbe: e só eles.⁶

Portanto, ressalvadas as limitações temporais de Thomas Hobbes, o que nos interessa aqui, basicamente, é que para que se viva em sociedade, o indivíduo cede liberdade em troca de segurança. Tendo isto em vista, fica claro que é dever do estado regular tal liberdade para que exista isonomia entre os indivíduos.

⁵ MISES, Ludwig von; tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. **As Seis Lições**: Reflexões sobre Política Econômica para Hoje e Amanhã. 8. ed. São Paulo: LVM, 2017. p. 98.

⁶ BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. **Diálogos Interdisciplinares entre Filosofia e Ciências Humanas**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014. p. 246–247.

Ainda, em uma sociedade em que se impera a democracia, o poder, evidentemente, emana do povo, visto que este povo escolhe os seus representantes.

Neste diapasão, a legitimidade estatal de proporcionar segurança para a população só existe porque esta foi livre para escolher os seus representantes.

Corroborando com esta ideia, Danilo Marcondes expõe:

No plano político, o empirismo tem como consequência uma defesa do liberalismo contra a ideia absolutista do direito divino do soberano. O poder é legítimo enquanto se origina da vontade popular, sendo que o povo pode delega-lo a uma assembleia (parlamento) ou a um monarca. O Estado existe para proteger os interesses dos cidadãos e lhes garantir a sobrevivência e a propriedade. O indivíduo é, portanto, nessa visão, sempre mais importante do que a sociedade; sendo que o direito, as leis que governam uma sociedade são, em sua origem, convencionais.⁷

Logo, observa-se que a regulamentação das liberdades individuais é extremamente essencial para a vida harmônica em sociedade, visto que é dever do estado “proteger os interesses dos cidadãos e lhes garantir a sobrevivência e a propriedade”.

Sobre a ideia de liberdade, convém destacar os ensinamentos de um dos maiores pensadores liberais do século XX, economista e cientista social Ludwig Von Mises, que em seu conjunto de palestras transformadas em livro posteriormente (*As Seis Lições*) discorre sobre a liberdade:

Quando se trata de seres humanos, atribuímos à palavra liberdade o significado exclusivo de liberdade *na sociedade*. Não obstante, muitos consideram que as liberdades sociais são independentes umas das outras. Os que hoje se intitulam “liberais” têm reivindicado programas que são exatamente o oposto das políticas que os liberais do século XIX defendiam em seus programas liberais. Os pretensos liberais de nossos dias sustentam a ideia muito difundida de que as liberdades de expressão, de pensamento, de imprensa, de culto e contra de encarceramento sem julgamento podem, todas elas, ser preservadas mesmo na ausência do que se conhece como liberdade econômica. Não se dão conta de que, num sistema desprovido de mercado, em que o governo determina tudo, todas essas outras liberdades são ilusórias, ainda que postas em forma de lei e inscritas na constituição.⁸

⁷ REZENDE, Antonio. **Curso de Filosofia**: para Professores e Alunos dos Cursos de Ensino Médio e de Graduação. 15. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 122-123.

⁸ MISES, 2017, p. 96.

Em primeira leitura pode soar como anarquia, mas, conforme se denota ao decorrer de suas obras, Mises, não defende a anarquia, mas, sim, o livre usufruto das liberdades sociais em essência, o que não pode se confundir com libertinagem.

Basicamente, o simples fato da lei dizer que todos são iguais perante a lei, não torna, efetivos todos iguais perante a lei. Existe, sim, a necessidade de uma regulação em específico para que esta igualdade seja de fato, real.

Assim, toda vez que o Estado não regula a liberdade, os ideais de “paz” e “segurança” ficam fragilizadas, possibilitando assim, a rebelião.

Convém destacar que essa regulamentação não pode ser confundida com privação. Expliquemos.

É sabido que “todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Tal poder é legitimado pela nossa Constituinte.

Ora, se todo o poder do Estado Soberano emana, de fato, do povo, o estado não deve privar o indivíduo, mas, regulamentar a atividade ou conduta para que se dê segurança jurídica aos cidadãos.

Neste sentido, Mises explica o perigo da privação estatal:

Se admitirmos que é bom impedir que as pessoas se prejudiquem bebendo ou fumando em excesso, haverá quem pergunte: “Será que o corpo é tudo? Não seria a mente do homem muito mais importante? Não seria a mente do homem o verdadeiro dom, o verdadeiro predicado humano?” Se dermos ao governo o direito de determinar o que o corpo humano deve consumir, de determinar se alguém deve ou não fumar, deve ou não beber, nada poderemos replicar a quem afirme: “Mais importante ainda que o corpo é a mente, é a alma, e o homem se prejudica muito mais ao ler maus livros, ouvir música ruim e assistir a maus filmes. É, pois, dever do governo impedir que se cometam esses erros”. (...) A partir do momento em que começamos a admitir que é dever do governo controlar o consumo de álcool do cidadão, que podemos responder a quem afirme ser o controle dos livros e das ideias muito mais importante? Liberdade significa realmente *liberdade de errar*.⁹

Deter a liberdade é basicamente deter a liberdade de errar.

⁹ MISES, 2017, p. 100-101.

Isto, porém, não afasta a responsabilidade do indivíduo, tampouco a necessidade de arcar com as consequências dos seus erros, e, é aí que a regulamentação do Estado de fato se faz necessário.

Diante desta necessidade da regulação de liberdade, surge o Princípio da Legalidade, esculpido em nossa Constituição Federal/88, no artigo 5º, inciso II, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.¹⁰

Nesta perspectiva, fica mais do que evidenciado a necessidade de regulação de liberdades individuais para o perfeito funcionamento do Estado de Direito.

Há de se observar que o indivíduo cede um pouco de liberdade, e não a sua totalidade.

Entende-se por “ceder” a representatividade, isto é, o indivíduo legitima outro para que este o represente como “corpo Estatal”.

Logo, as atividades que não necessitem de procedimentos para serem efetuadas, isto é, atividades extremamente corriqueiras, logicamente não precisam ser regulamentadas.

Já, aquelas atividades que possam influenciar na vida ou liberdade de terceiros, por óbvio, devem ser regulamentadas e fiscalizadas para que sejam cumpridas e/ou exercidas de maneira legítima e benéfica à todos.

Em análise à nossa Sociedade Democrática de Direito, a “liberdade regulamentada” é nítida e quase palpável.

A Constituição Cidadã, se preocupa tanto com a liberdade do indivíduo que positivou até liberdade de profissão.

Obviamente que, essa regulamentação das liberdades não tem o intuito de aprisionar o sujeito de direito, mas de proteger e garantir que o seu direito de liberdade seja exercido.

Sobre a liberdade de profissão, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt explana:

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

Nos termos do art. 5º, XIII, da CF, é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendendo-se às qualificações profissionais que a lei estabelecer. Busca-se obstar que o Estado crie impedimentos para o exercício profissional. Existe a possibilidade, todavia, de a legislação infraconstitucional disciplinar um determinado trabalho, estabelecendo condições para o seu exercício, uma vez que se entende que esse dispositivo configura norma constitucional de eficácia contida. Para exemplificar esse caso, basta lembrar da necessidade de aprovação no Exame da Ordem par ao exercício da advocacia (art. 8º,§1º, da lei nº 8.906/1994).¹¹

Percebe-se aqui, que o Estado não só deve regular as atividades em si, mas a possibilidade de cumprimento destas atividades.

Ainda, na omissão de tal regulamentação que deveria ocorrer através do legislativo, ocorre o chamado “ativismo judicial”, isto é, o judiciário “legisla” a respeito de uma matéria para suprir omissão legal. Não raras as vezes que mesmo não havendo omissão, o judiciário sumulou matéria, visto suposta afronta da norma para com princípios basilares constitucionais.

No caso da possibilidade ou não da terceirização, o que ocorria até aqui era o mais simples e puro ativismo judicial, frente a legislação trabalhista sobre o assunto.

Um assunto complexo e cotidiano era regido unicamente pela súmula de número 331, elaborada pelo TST.

Ocorre que, ao que parece, a legitimidade de fato para legislar sobre a liberdade dos indivíduos pertence ao Poder Legislativo, e o cumprimento e proteção de tal liberdade legislada, pertence ao Poder Judiciário.

Diante desta nova regulamentação (sobre a terceirização), vislumbramos a possibilidade que o estado proporcionou dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa, e conseqüentemente, um exercício da liberdade de forma segura e garantida.

Esta possibilidade, desde que regulada, é importantíssima, visto que legitima a liberdade dos indivíduos que vivem em sociedade. Ademais, se tratando de um Estado Democrático de Direito, a legitimidade das condutas é estritamente importante.

Nesta ideia, o Professor Norberto Bobbio aduz:

Se queremos encontrar uma teoria completa e coerente do positivismo jurídico, temos que remontar à doutrina política de Thomas Hobbes, cuja

¹¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrês. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 73.

característica fundamental parece-me ser realmente a reviravolta radical do jusnaturalismo clássico. Segundo Hobbes, efetivamente não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, vale dizer, fora do comando do soberano. Para Hobbes, é mesmo verdade que é justo o que é comandado, apenas pelo fato de ser comandado; é injusto o que é proibido, apenas pelo fato de ser proibido.¹²

Ora, como muito bem explicado pelo professor Bobbio, para Hobbes, o que é comandado é justo apenas pelo fato de ser comandado.

Novamente, adaptando as ideias de Hobbes para a contemporaneidade, o que é permitido é justo simplesmente pelo fato de ser permitido e o que não é permitido é injusto simplesmente pelo fato de não ser permitido.

O nosso sistema político torna este pensamento mais verdade ainda, visto que para a permissão ou não de determinada conduta, em tese, a matéria é analisada e revisada diversas vezes nas casas legislativas até esta lei ser sancionada.

Diante desta perspectiva Hobbisiana, a possibilidade de terceirização de atividades fim, é justa simplesmente por ser permitida.

Ademais, em uma sociedade capitalista, a regulamentação sobre liberdades individuais/coletivas que reflitam na economia é ainda mais importante. Em conformidade com a explicação de Alfred Mill:

Os países capitalistas baseiam-se nos preços de mercado para a alocação eficiente de produtos, estimulam a propriedade privada dos recursos econômicos e deixam a maioria das decisões econômicas para os indivíduos. Contudo, permitem ao governo: regulamentar os mercados; preservar a concorrência; subsidiar e tributar empresas; obrigar o cumprimento de contratos privados; redistribuir renda dos trabalhadores para os não trabalhadores¹³

Ora, ainda que em uma sociedade capitalista as maiorias das decisões econômicas são feitas pelos indivíduos, é inequívoco que não se pode simplesmente deixar que estas decisões fiquem a mercê das paixões egoístas dos cidadãos, mas, sim, precisam de uma regulamentação para que seja garantida a livre concorrência de forma leal, dando, destarte, uma segurança jurídica à sociedade.

Continuamente, Alfred Mill, analisa os pensamentos do filósofo Adam Smith:

¹² BOBBIO, Norberto; tradução Denise Agostinetti. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

¹³ MILL, Alfred. **Tudo o que Você Precisa Saber Sobre Economia**. Tradução: Leonardo Abramowicz. 2. ed. São Paulo: Editora Gente, 2017. p. 29-30.

De acordo com Adam Smith: ‘Não é da benevolência do açogueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas de seu respeito pelo próprio interesse. Nós nos dirigimos não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas próprias necessidades, mas das vantagens deles’. Adam Smith tinha uma visão diferente da sociedade. Na sua visão, a produtividade era o determinante da riqueza e o interesse próprio racional era a força motriz que proporcionaria à sociedade os meios para escapar da escassez. Adam Smith acreditava que, quando a sociedade aproveitasse o poder do interesse próprio, o maior bem poderia ser alcançado.¹⁴

Na perspectiva de Adam Smith, a luta pelos interesses individuais faz com que se torne possível que se alcance “o maior bem”. Este “maior bem” trata-se do bem comum, isto é, o bem para toda a sociedade.

Ora, uma vez que a democracia é um “Sistema político que viabiliza a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas, diretamente ou por meio da eleição de representantes políticos”¹⁵, é evidente que a busca pelos interesses individuais, só poderia ocorrer de forma legítima, se for realizada pelos representantes dos cidadãos frente ao Congresso Nacional.

Por óbvio, que uma luta sem legitimidade, não tem qualquer validade, portanto, não há o que se falar em estado anarquista, onde as liberdades individuais são pleiteadas de forma egoísta, sendo feitas de maneiras não democráticas, ou então entender o estado como mais uma entidade econômica.

O que se defende aqui é o Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado como uma entidade protecionista e garantista.

Diante deste Estado protecionista e garantista, fica por fim, mais uma vez evidenciado a necessidade de legislar a respeito das liberdades individuais e coletivas para que essas funções (proteger e garantir) sejam legítimas e eficazes.

Concomitantemente, um estado mais garantista, cresce economicamente, visto que as liberdades individuais de escolha estão protegidas e garantidas:

A liberdade individual e a capacidade de adquirir propriedade privada também são elementos essenciais no desenvolvimento do capital humano. Quando os indivíduos são livres para escolher sua vocação e desfrutar dos benefícios da propriedade privada, sua produtividade é maior do que em lugares onde a liberdade individual ou propriedade privada não é valorizada.¹⁶

¹⁴ MILL, 2017, p. 31.

¹⁵ GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. Tradução: Claudia Freire. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2017. p. 315.

¹⁶ MILL, op. cit., p. 216.

É notório que o poder da escolha é essencial para diferenciar uma democracia de um sistema autoritário.

Ainda que o dever Estatal seja o de regular para proporcionar proteção e garantia, esta regulação é feita através dos representantes populares e de forma democrática, isto é, vence a maioria.

Desta forma, não há como se confundir liberdade estatal com a libertinagem anarquista, vide a necessidade da permissão legal para que algo seja justo e a negação legal para demonstrar que algo é injusto.

2.3 DA LIVRE INICIATIVA

O princípio da livre iniciativa foi trazido de forma explícita (Art. 170) em nossa constituição promulgada em 1988, no seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica).

O artigo aduz o seguinte:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.¹⁷

Em análise deste artigo constitucional, notamos como o legislador foi inteligente.

Inicialmente, ele deixa as claras que a ordem econômica nacional, ao contrário do que Marx pregava, é fundada não só na valorização do trabalho humano, mas também, na livre iniciativa, para que seja assegurada a existência digna a todos.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

Não existe forma mais solene para que seja efetuada a valorização do trabalho humano, senão a regulação deste, visto que desta forma, o Estado está cumprindo o seu dever garantista.

Ainda, a regulação proporciona a possibilidade da livre iniciativa, isto é, o indivíduo poderá iniciar a atividade – já regulamentada - de maneira livre, sem prejuízo para si ou para outrem.

Corroborando com este entendimento, André Ramos Tavares aduz:

Está constitucionalmente preservada, na Constituição de 1988, a ampla liberdade profissional, que envolve o direito de optar pela melhor forma de organização para fins de prestação de serviços. É parte do que se pode denominar como autonomia privada e que integra a chamada liberdade de associação. Isso quer dizer que o indivíduo pode oferecer seus serviços (desde que atenda aos pressupostos de habilitação eventualmente existentes) organizando-se da forma que entenda mais adequada para atuar.¹⁸

Neste diapasão, verifica-se que a regulação novel sobre a terceirização, nada mais é do que o cumprimento estrito da lei, qual seja, “assegurar a todos existência digna”.

O Estado só valoriza o trabalho, de fato, quando regulamenta, visto que só desta forma ele pode assegurar a livre iniciativa sem o risco de abusos econômicos.

Conforme já defendido, o dever Estatal, em suma, é o dever de garantir e proteger as liberdades individuais e coletivas. Caso inexista a regulação de determinada atividade, o direito deverá ser protegido pelo ativismo judicial, isto é, por magistrados tomados pelo seu “individualismo imparcial”.

Ainda, sobre a necessidade de “limites legais” a fim de que se assegure um exercício justo da Livre Iniciativa, Tavares afirma:

Mas a liberdade de iniciativa, desde a sua primeira posituação, jamais chegou a ser declarada e admitida em termos absolutos, completamente livre de condicionamentos, por mínimos que fossem. “Essa liberdade, como todas as outras, de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade de alguns temperamentos” (Bastos, 2000: 115). Ou, como afirma Eros Grau (1997: 225), “a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal”. Os condicionamentos à liberdade de iniciativa (privado-econômica) surgem exatamente na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo. Também é impositiva a tomada de algumas precauções (tendo em

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 237.

vista o interesse público) quanto a determinadas profissões, que não podem ser exercidas independentemente do atendimento de certas qualificações. Não por outro motivo o parágrafo único do art. 170 estabelece peremptoriamente: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Nesse sentido, a liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa tão somente liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pelo Poder Público, dentro dos limites normativamente impostos a essa liberdade. Este é o motivo pelo qual se pode afirmar validamente que a liberdade de iniciativa se exerce dentro dos parâmetros em que há de ser reconhecida, fazendo-se compreender, no texto constitucional, a abertura para a criação de restrições por via da lei, desde que plausíveis e compatíveis com o interesse público.¹⁹

Ocorre que, ao regular as liberdades, o estado tem maior legitimidade para proteger o direito, eis que este já foi garantido de forma democrática. Assim, em suma, é afastado todo o subjetivismo de possibilidades, e então, a segurança jurídica impera em face dos cidadãos.

Portanto, conclui-se que, para que seja dada a efetiva liberdade de iniciativa, pressupõe-se a regulação estatal a respeito do tema.

Ainda em análise ao artigo, vemos que a Constituição, diante dos moldes já expostos assegura a “busca pelo pleno emprego”.

Afinal, qual a maneira de efetivar tal princípio constitucional, senão dando diretrizes de determinadas atividades, ou melhor, de determinadas formas de produção?

O estado busca zelar pelo trabalhador ainda naquela ideia de Hobbes onde o que é lícito é justo.

Nesta sintonia, o legislador se viu frente a uma necessidade de legislar sobre um tema até então sendo regido única e exclusivamente por uma súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

Portanto, não existe possibilidade de tratar a livre iniciativa, bem como os demais princípios de ordem econômica, de maneira efetiva, sem o amparo *in legis* da atividade.

2.4 DA ESCASSEZ

O princípio da escassez, em que pese não ser um princípio basilar da nossa Carta Magna, é um princípio impar para que possamos entender em um aspecto

¹⁹ TAVARES, 2011, p. 239.

econômico, a importância da regulamentação das atividades em frente à necessidade lógica do exercício da livre iniciativa.

Nas palavras de Alfred Mill:

A escassez é uma condição universal que existe porque não há tempo, dinheiro ou bens suficientes para satisfazer as necessidades ou os desejos de todos. Aquilo que todo mundo quer é feito com recursos. Em um esforço para fazer a economia parecer mais 'teórica', os recursos são chamados de fatores de produção. Os fatores de produção incluem terra, trabalho, capital e empreendedorismo.²⁰

Ora, o entendimento do princípio da escassez é essencial para o aprofundamento da matéria.

Ainda, Mill complementa:

A escassez existe para todos. De ricos a pobres, todos enfrentam essa situação. Certamente, a escassez na América do Norte parece diferente da escassez na Somália. Nos Estados Unidos há muita comida e água potável, mas na Somália ambos estão faltando. A escassez não é apenas uma função de recursos limitados, mas também de desejos ilimitados, e isso é algo que tanto a América do Norte quanto a Somália compartilham.²¹

Conforme analisado pelo autor supracitado, os fatores de produção incluem a terra, o trabalho, o capital e o empreendedorismo, e ainda, a escassez não é algo único de países mais pobres, mas, um fato para todos os países.

Este princípio não foi levado em conta por Karl Marx, em sua crítica da economia política:

As mercadorias, recordemos, só encarnam valor na medida em que são expressões de uma mesma substância social, o trabalho humano; seu valor é, portanto, uma realidade apenas social, só podendo manifestar-se, evidentemente, na relação social em que uma mercadoria se troca por outra. Partimos do valor de troca ou da relação de troca das mercadorias, para chegar ao valor aí escondido. Temos, agora, de voltar a essa forma de manifestação do valor.²²

Ora, como se denota, o trabalho humano certamente atribui um determinado valor para o produto, mas, a escassez “da coisa”, por óbvio, também outorga valor ao produto.

²⁰ MILL, 2017, p.9.

²¹ MILL, loc. cit.

²² MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política: Livro I. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. 33. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 69.

O que nos interessa por hora é a força de produção, isto é, o trabalho, visto que o motivo de legislar sobre a possibilidade de terceirização de atividades fim motiva-se na falta de possibilidades para o obreiro adentrar ao mercado de trabalho.

Pois bem, assim como os demais fatores de produção, o trabalho também é escasso e está escassez não é interessante para a economia.

O Brasil, por ser um país emergente, tem o trabalho como grande meio de produção. Logo, cada vez que analisamos o nosso contexto social, percebemos a necessidade de regulamentação.

Esta regulamentação, evidentemente, não irá superar a escassez, mas pode amenizar, visto que existe a probabilidade do empresário terceirizar atividades fim, sem a necessidade de aderir o operário ao corpo orgânico da empresa.

A questão aqui, não é se esta possibilidade vai ou não diminuir a taxa de desemprego, mas, sim, o estrito cumprimento do dever Estatal, qual seja, garantir e proteger os direitos.

Ainda, mister destacar que ao regulamentar e por consequência proporcionar uma maior segurança jurídica aos indivíduos, o nosso Estado, por ter (em tese) uma ideologia predominantemente capitalista, se desenvolveria.

Neste sentido, Mises explana:

O desenvolvimento do capitalismo consiste em que cada homem tem o direito de servir melhor e/ou mais barato o seu cliente. E, num tempo relativamente curto, esse método, esse princípio, transformou a face do mundo, possibilitando um crescimento sem precedentes da população mundial.²³

Diante disto, nota-se que a probabilidade de escassez diminui com o aumento da possibilidade mercantil.

Novamente, ressalta-se que, a liberdade equipara-se à autonomia da vontade, que por sua vez, equipara-se à dignidade da pessoa.

Não se pode tratar de dignidade da pessoa, suprimindo a autonomia da vontade e/ou incorrendo em omissão estatal, isto é, o estado falhando no poder/dever de garantir e proteger os direitos.

Destarte, conclui-se que, a regulamentação novel sobre a terceirização, engrandece a autonomia da vontade, e mais uma vez, ratifica-se que é estritamente o cumprimento estatal de seu poder/dever.

²³ MISES, 2017, p. 79.

2.4.1 Da Micro e Macroeconomia

Agora que já entendemos um pouco mais sobre o princípio da escassez, fica mais fácil a compreensão da microeconomia e da macroeconomia.

Pois bem, conforme Alfred Mill:

O campo da microeconomia concentra-se na tomada de decisão de indivíduos e empresas. A microeconomia está principalmente preocupada com os mercados de bens, serviços e recursos. Os mercados são fundamentais para compreender a microeconomia. Sempre que compradores e vendedores se reúnem para trocar recursos, bens ou serviços, um mercado é criado e o comportamento deles é de especial interesse para os economistas.²⁴

Diante deste entendimento, notamos que a microeconomia está diretamente ligada aos mercados de bens, serviços e recursos.

Ora, desta forma, observa-se que a regulamentação das liberdades, além de estar estritamente ligada aos deveres estatais, também está ligada com a microeconomia, visto que está se preocupa com os fatores de produção.

Ainda, neste sentido, Alfred Mill, no que diz respeito à Macroeconomia aduz:

A macroeconomia é o estudo de como os países inteiros lidam com a escassez. Os macroeconomistas analisam os sistemas que as nações criam ou permitem para a alocação de bens e serviços.²⁵

Desta forma, é notória esta separação entre micro e macroeconomia.

Ao passo que a microeconomia se preocupa com os fatores de produção, isto é, aos interesses sociais diante as necessidades mercantis, a macroeconomia lida, basicamente, com a escassez, promovendo meios para que esta escassez não corrompa (destrua) o estado (a sua economia).

Novamente, deve-se observar que, tanto para a microeconomia quanto para a macroeconomia, o estado deve legitimar as resoluções dos “problemas” mercantis avistados por ambas.

Neste sentido, o legislador, visando solucionar um problema avistado pela macroeconomia, isto é, a falta de mão de obra, ou então, a falta de possibilidade de

²⁴ MILL, 2017, p. 8.

²⁵ MILL, loc. cit.

contratação “mais em conta”, optou pela legalidade da terceirização de atividades fim.

Destarte, em sintonia com tudo o que foi dito acima, e exaltando o ensinamento dado por Thomas Hobbes, o que está permitido na lei é justo, simplesmente pelo fato de ser permitido.

Logo, a análise dos fatores econômicos é extremamente importante para que o Estado possa valorar o justo e o injusto, e por consequência proporcionar a garantia e a proteção dos direitos necessários e úteis para a vida em sociedade.

2.5 DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Não há como falar dos princípios mercantis sem observarmos a livre concorrência.

Da mesma forma como os demais princípios, a livre concorrência necessita de uma atenção especial do Estado, visto que ela traz a competitividade justa às pessoas pertencentes à nossa sociedade.

Nas palavras de Bittencourt:

A livre concorrência configura um princípio de ordem econômica (art. 170, IV, da CF). Livre concorrência refere-se à competitividade que deve existir no mercado, garantindo uma igualdade de oportunidades aos agentes econômicos. Desse modo, também acarretará a proteção dos direitos do consumidor, bem como natural impedimento a manifestações de abuso do poder econômico. Nesse sentido, o art. 173, § 4º, da CF estabelece que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.’²⁶

Desta leitura, conclui-se que a livre concorrência de fato foi levada em conta pelo legislador constitucional.

Ainda, calha destacar que a melhor forma para que se exista a livre concorrência, é com o Estado regulamentando as relações interpessoais, a fim de que não se permita a existência de qualquer abuso mercantil.

A regulamentação novel acerca da terceirização efetiva o texto legal, visto que agora, tanto os empresários, quanto os trabalhadores tem a possibilidade de concorrerem livremente em todas as fases da atividade laboral.

²⁶ BITTENCOURT, 2008, p. 277–278.

Conforme se denota, a doutrina brasileira defende que só há livre concorrência quando existe a livre iniciativa.

Neste sentido, André Ramos Tavares aduz:

Percebe-se claramente o caráter de decorrência lógica da proteção à livre- - iniciativa que tipifica o respeito à livre concorrência. Assim, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999: 354), ao afirmar: “O princípio da livre-iniciativa reclama a livre concorrência, que também é erigida em princípio”; ou de Celso Ribeiro Bastos (1998: 455), que ressalta: “só pode existir a livre concorrência onde há livre-iniciativa. O inverso, no entanto, não é verdadeiro – pode existir livre-iniciativa sem livre concorrência. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre-iniciativa.”²⁷

Ora, nota-se, portanto, conforme já aduzido, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa.

Ainda, calha ressaltar que o exercício da livre concorrência – assim como o da livre iniciativa – é uma atividade basilar em uma sociedade em que o sistema econômico é o capitalismo.²⁸

Sobre isto, o Prof. André Ramos Tavares discorreu:

A livre concorrência é um dos fundamentos de qualquer sistema capitalista, ou, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (1998: 455), “um dos alicerces da estrutura liberal de economia”, sendo possível afirmar que consiste precisamente num dos traços que a diferencia de doutrinas socialistas. Como apontam Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2001: 375), “o preceito em apreço tem por escopo assegurar o regime de mercado no cenário econômico nacional. Deste modo, qualquer tipo de conduta estatal ou privada que venha a coibir o regime de livre concorrência estará violando a Constituição”. Sendo livre a concorrência, as leis do mercado determinarão as circunstâncias em que haverá ou não o êxito do empreendedor (livre-iniciativa). A livre concorrência não tolera o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre, com o afastamento artificial da competição entre os empreendedores. Pressupõe, pelo contrário, inúmeros competidores, em situação de igualdade. Sem concorrência livre não se pode, efetivamente, falar de economia de mercado, de sistema capitalista ou de Estado liberal. Comenta Isabel Vaz (1993: 27) que a livre concorrência, tradicionalmente, pressupõe “uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços de bens ou serviços”. Destarte, não observada a existência prévia da concorrência, impossível seria falar de competição entre os diversos empreendedores e de efetivo funcionamento de um sistema econômico de mercado.”²⁹

²⁷ TAVARES, 2011, p. 255.

²⁸ Segundo Anthony Giddens e Philip W. Sutton (2017, p. 122), capitalismo é o “sistema econômico originado no Ocidente baseado no intercâmbio comercial e na geração de lucro visando ao reinvestimento e crescimento dos negócios.”

²⁹ TAVARES, op. cit., p. 256.

Pois bem, a livre concorrência, conforme demonstrado em epígrafe, determina o êxito da atividade do empreendedor.

Ainda, conforme apontado por André Ramos Tavares, esta lógica de mercado não permite excessos, tampouco o monopólio da atividade.

Ademais, é imprescindível entender que a força de uma determinada empresa ou empreendimento, deve ser, em sua maioria do consumidor, haja vista que é o próprio consumidor que “consome” o produto.

Ora, a supremacia do consumidor deve ser observada.

Tal poder de escolha do consumidor determina o que se perpetua no mercado, tendo em vista a simples lógica: Se o empreendedor não vende, o seu “negócio” não flui.

O Estado como interventor, cria restrições aos indivíduos, desmotivando e/ou dificultando a livre concorrência.

Conforme já vimos, a regulamentação estatal não pode se confundir com mera proibição, eis que isto afronta a dignidade da pessoa humana bem como limita o direito de escolha do ser, isto é, a liberdade (e a “*liberdade de errar*”).

Sobre isto, Mises discorre:

O governo quer interferir com a finalidade de obrigar os homens de negócio a conduzir suas atividade de maneira diversa da que escolheriam caso tivessem de obedecer apenas aos consumidores. Assim, todas as medidas de intervencionismo governamental têm por objetivo restringir a supremacia do consumidor. O governo quer arrogar a si mesmo o poder – ou pelo menos parte do poder – que, na economia de mercado livre, pertence aos consumidores.³⁰

Para que fique claro, esta intervenção estatal supracitada refere-se apenas à intervenção do Estado na economia:

Mas quando falamos de intervencionismo, e definimos o significado do termo, referimo-nos à interferência governamental no mercado. (Que o governo e a polícia se encarreguem de proteger os cidadãos, e entre eles os homens de negócio e, evidentemente, seus empregados, contra os ataques de bandidos nacionais ou do exterior, é efetivamente uma expectativa normal e necessária, algo por esperar de qualquer governo. Essa proteção não constitui uma intervenção, pois a única função legítima do governo é, precisamente, produzir segurança).³¹

³⁰ MISES, 2017, p. 127.

³¹ Ibid., p. 126.

A novel regulamentação da terceirização demonstra que o Estado Garantidor, em exercício do seu poder/dever de garantir, regular e defender os direitos e deveres dos indivíduos, regulamentou a cerca de uma nova possibilidade de cumprimento de trabalho, isto é, - a grosso modo - a possibilidade de terceirização de “atividades fim”.

Ora, a regulamentação coíbe justamente os excessos que podem ocorrer pela máquina capitalista, vez que o estado pode garantir e zelar pelo direito dos indivíduos com maior legitimidade, sem que seja tão intrusivo na vida dos cidadãos.

2.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que a regulamentação Estatal acerca do modo de exercício das atividades laborais é extremamente necessária para que o Estado consiga de fato garantir e defender os direitos dos indivíduos.

Ainda, observa-se que em uma sociedade em que impera a segurança jurídica, os cidadãos cedem um pouco de sua liberdade a fim de que obtenham segurança.

Somente desta forma o indivíduo consegue, de fato, usufruir da Livre Concorrência e Livre iniciativa, que por sua vez diminuem a possibilidade de escassez, otimizando a micro e a macroeconomia do país.

As noções apresentadas em epígrafe foram fundamentais para que possamos compreender o próximo capítulo que irá explanar acerca da terceirização nos moldes da Súmula 331 do TST.

3 TERCEIRIZAÇÃO – REGULAMENTAÇÃO SUMULADA

Conforme vislumbramos no capítulo anterior, a regulação acerca da liberdade dos indivíduos em uma sociedade é fundamental para uma convivência em harmonia, e ainda, para que seja promovida a justiça social.

Ocorre que o Poder Legislativo, por muito tempo foi omissos quanto a regulação da terceirização, tendo que, desta forma, o Poder Judiciário intervir, a fim de que se garantisse/protegesse e trouxesse o mínimo de segurança jurídica ao trabalhador.

Ora, devido a esta necessidade de trazer segurança jurídica aos indivíduos envolvidos em um determinado negócio jurídico, e ainda, vendo a inércia legislativa, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) se viu obrigado a sumular a respeito.

Inicialmente, com o intuito de resolver um problema acerca da responsabilidade quando o pagamento das verbas trabalhistas, o TST elaborou uma Súmula.

Acerca disto, Mauricio Godinho Delgado explana:

Nos anos de 1980, antes da nova Constituição, o Tribunal Superior do Trabalho fixou súmula jurisprudencial a respeito do problema, incorporando orientação fortemente limitativa das hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta. Informava a Súmula 256, TST: 'Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019 de 3.1.74 e 7.102 de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.³²

A justificativa para este entendimento sumulado se deu pelo grande aumento de mão de obra terceirizada no mercado brasileiro.

Este fenômeno iniciou-se com a própria máquina pública com o art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e com a Lei. 5.645/70:

Afora as antigas referências celetistas sobre empreitada e subempreitada (arts. 455 e 652, "a", III, CLT), os primeiros diplomas a tratarem especificamente do fenômeno que seria, em seguida, chamado de terceirização dizem respeito, como visto, ao seguimento estatal do mercado de trabalho. Efetivamente, no âmbito da Administração Pública criaram-se alguns mecanismos jurídicos proporcionadores da denominada descentralização administrativa, por meio da contratação de trabalhadores assalariados por interpostas empresas, para a realização de serviços de

³² DELGADO, 2016, p. 499.

apoio, instrumentais, meramente de execução. Esse o sentido de diplomas legais, como o Dec.-Lei n. 200, de 1967 (art.10) e a Lei n. 5645, de 1970.³³

Após estas novas possibilidades trazidas pela Administração Pública, o processo de terceirização se expandiu para o meio privado através das Leis 6.019/74 e 7.102/83:

B) Lei n. 6.019/74 e Lei n. 7.102/83 – A regulação normativa da terceirização no mercado privado ocorreu, inicialmente, por meio de dois modelos restritos de contratação: o trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 1974) e o trabalho de vigilância bancária (Lei n. 7.102, de 1983).³⁴

É evidente que a possibilidade da terceirização aflorou os olhares dos patronos.

Ora, “se até o Estado podia terceirizar, qual a justificativa plausível para não permitir que o indivíduo também a fizesse?”

Visto estas novas possibilidades trazidas pela Administração Pública, o Poder Judiciário se viu na obrigação de tentar amparar o direito dos trabalhadores, visto que a terceirização se expandiu de tal forma que gerou uma inflexão no sistema trabalhista, eis que afrontava o vínculo empregatício “natural” que os caputs dos arts. 2º³⁵ e 3º³⁶, caput, da CLT traziam.

Neste condão, Delgado afirma:

O avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts.2º, caput, e 3º, caput, da CLT. Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica permanente os novos fatos

³³ DELGADO, 2016, p. 490-491.

³⁴ Ibid., p. 492.

³⁵ Art. 2º, CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. In: BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 5 mai. 2018.

³⁶ Art. 3º, CLT: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. In: BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 5 mai. 2018.

sociais, sem que desponte obra legiferante consistente para sanar tal defasagem jurídica.³⁷

Portanto, visto este “limbo” mercantil, onde o vínculo empregatício nos moldes celetistas quase se perderam, o Tribunal Superior do Trabalho se viu incumbido de tentar gerar uma segurança jurídica ao trabalhador com o advento da Súmula 256, em epígrafe citada.

Ora, com a chegada da Constituição Cidadã /88, a súmula 256 sofreu duras críticas, visto o nítido cerceamento de liberdade econômica que ela trazia.

Conforme já vislumbrado, a Constituição Federal de 1988 proporcionou aos indivíduos da sociedade a Dignidade da Pessoa Humana, visto que o foco do Diploma é a Liberdade.

Por óbvio que a Súmula 256 não estava mais em conformidade com o contexto social, logo, o Tribunal Superior do Trabalho editou nova súmula (Súmula 331), cuja qual será explicada posteriormente.

Nas palavras de Delgado:

A súmula 331, como se percebe, deu resposta a algumas das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256. Assim, incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-Lei n.200/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público.³⁸

A seguir, iremos compreender “o que era” a terceirização nos moldes da Súmula 331.

Ainda, será relevante entender sobre as licitudes, ilicitudes, vínculo empregatício e responsabilidade da prestadora e tomadora dos serviços.

3.1 TERCEIRIZAÇÃO E O SEU CONCEITO

Após este breve relato histórico acerca da terceirização, é indubitável que o conceito de terceirização se faz necessário.

Conforme aduz Maurício Gordinho Delgado:

³⁷ DELGADO, 2016, p. 489-90.

³⁸ Ibid., p. 501.

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. 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 perseveram fixados em uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.³⁹

Ainda, sobre o conceito de Terceirização, Amauri Mascaro Nascimento aponta:

Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas que também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.⁴⁰

Diante o exposto, há de se concluir que a terceirização nada mais é do que um negócio jurídico trilateral.

Ainda, Nascimento traz mais duas definições aduzidas por Alice Monteiro de Barros e Jose Augusto Rodrigues Pinto, respectivamente:

Alice Monteiro de Barros, em A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho, T&P, n. 4, mar. 1995, p. 3-8, afirma que “o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal; esta se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio”. José Augusto Rodrigues Pinto (Curso de direito individual do trabalho) assim se pronuncia: “O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviço de apoio empresarial, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio.”⁴¹

³⁹ DELGADO, 2016, p. 487

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 652.

⁴¹ Ibid., p. 651.

Antes da Lei n. 13.429/17, a compreensão de terceirização e quais eram as hipóteses permitidas estavam expostas na Súmula 331, C. TST.

A Súmula declara:

Súmula nº 331 do TST

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁴²

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Portal do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_01_350.html#SUM-331>. Acesso em: 7 jun. 2018.

Nota-se, portanto, que desde que não haja a pessoalidade e a subordinação direta, a Súmula 331 permitia a terceirização de atividades-meio.

Logo, toda e qualquer forma de terceirização diferente do que a Súmula prega, - antes da regulação in legis – era, por óbvio, ilícita.

O entendimento do conceito de Terceirização, bem como a maneira com a qual a Justiça do Trabalho entendia tal possibilidade é fundamental para que possamos entender sobre a licitude; ilicitude e responsabilidade do tomador e prestador dos serviços do obreiro.

Entretanto, antes de discorrer sobre a licitude e ilicitude da terceirização nos moldes da Súmula 331, há de se verificar a diferença entre “Relação de Emprego” e “Relação de Trabalho”.

Ao que parece, existe uma a relação de emprego – relação entre o trabalhador e a prestadora de serviços – e uma relação de trabalho – relação contratual entre a prestadora de serviços e a tomadora de serviços – visto que a tomadora de serviços não preenche (em regra) os requisitos para que haja o vínculo empregatício.

Destarte, após o entendimento do conceito de terceirização, bem como a compreensão da dicotomia das relações de emprego e relações de trabalho, o estudo da licitude, ilicitude e responsabilidade ficará mais descomplicado.

3.2 DA RELAÇÃO DE EMPREGO X RELAÇÃO DE TRABALHO

Conforme aduzido em epígrafe, a compreensão de “o que é uma relação de emprego” e “o que é uma relação de trabalho” certamente descomplicará o estudo acerca da terceirização e os seus efeitos jurídicos.

Inicialmente, há de se observar que o obreiro que laborava em um sistema de terceirização, que deseja ingressar na justiça em face do seu empregador (Empresa Prestadora) e a Tomadora de Serviços, só pode fazê-lo na medida em que ambas as relações são relações de trabalho.

Ora, a Constituição Federal/88, em seu artigo 114, traz a competência da justiça do trabalho. Em primeiro plano, o que mais nos interessa é o seu inciso I, que declara:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...].⁴³

Pois bem, em análise a este primeiro inciso do referido artigo, nota-se que compete a justiça do trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho.

Logo, há de se concluir que, a terceirização promovida entre a tomadora e a prestadora de serviços possui: uma relação obrigacional civil (Prestadora de Serviços + Tomadora de Serviços), uma relação de trabalho (Trabalhador + Tomadora de Serviços) e uma relação de emprego (Trabalhador + Prestadora de Serviços).

Sobre este tema, Mauricio Godinho Delgado explica:

Relação de Trabalho versus Relação de Emprego – A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (...) A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho.⁴⁴

De acordo com Delgado, a Relação de Trabalho tem um aspecto mais genérico, logo, refere-se a todas as relações laborais.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

⁴⁴ DELGADO, 2016, p. 296-296.

Entretanto, a Relação de Emprego é muito mais específico, sendo que esta é uma modalidade que está presente desde a instauração do nosso atual sistema econômico.

Em rasas palavras, a Relação de Emprego é toda e qualquer relação labora cuja qual estejam presentes os requisitos do vínculo empregatício constantes nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: deve ser realizado por pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade, onerosidade e subordinação.

Corroborando com o aduzido em epigrafe, Delgado expõe:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.⁴⁵

Neste condão, restam evidenciadas as diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego.

A seguir, iniciaremos o estudo acerca da terceirização lícita nos moldes da Súmula 331 do TST.

3.3 DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

Há pouco entendemos o conceito de terceirização, bem como os conceitos de relação de trabalho e relação de emprego.

Ratifica-se que mister se faz tal compreensão, tendo em vista que agora passaremos a tratar da licitude deste negócio jurídico trilateral.

É notório que antes da regulamentação in legis, a Súmula 331 definia a licitude da terceirização, eis que declarava em quais hipóteses poderia existir tal modalidade de relação de trabalho.

A primeira possibilidade de terceirizar a mão de obra, conforme a Súmula 331, I, é as situações de trabalho temporário. Neste aspecto, Delgado fundamenta:

[...] Em primeiro lugar, situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário (Súmula 331, I). São as situações expressamente especificadas pela Lei n. 6.019/74. Assim, ou se trata de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa

⁴⁵ DELGADO, 2016, p. 299.

tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.⁴⁶

A segunda possibilidade explorada pela Súmula é a atividade de vigilância.

Delgado aduz:

Em segundo lugar, “atividades de vigilância”, regidas pela Lei n. 7.102/83 (Súmula 331, III, ab initio). Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de Súmula revisado A súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significa que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer seguimentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização.⁴⁷

Delgado observa algo muito interessante. Ora, na Súmula 256, antecessora à Súmula 331, o Tribunal Superior do Trabalho especificou que a terceirização de atividades de vigilância só eram lícitas quando estavam de acordo com a Lei n. 7.102/83.

Neste sentido, observa-se que o TST, na Súmula 331, ampliou a liberdade do empresário, fazendo constar que “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância”.

Tal feita pode passar despercebida, mas, após o estudo do quão importante é a liberdade, conforme já vimos, a observação deste fato torna-se digna de louvor.

Pois bem, a terceira forma de terceirizar serviços, de acordo com a Súmula, são os serviços de conservação e limpeza. Sobre isto, Delgado explana:

O terceiro grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita é o que envolve atividades de conservação e limpeza (Súmula 331, III). Esse rol de atividades foi um dos primeiros a ensejar práticas terceirizantes no mercado de trabalho privado do país, mesmo quando vigorante a antiga súmula 256, TST (cujo texto literal não contemplava, como visto, a licitude de tais práticas quanto a esse segmento de serviços e trabalhadores). Semelhante rol, contudo, já se encontrava expressamente referido no texto da Lei n. 5.645, de 1970.⁴⁸

⁴⁶ DELGADO, 2016, p. 502.

⁴⁷ DELGADO, loc. cit.

⁴⁸ Ibid., p. 503.

Ao estudar sobre este terceiro grupo de situações passíveis de contratação terceirizada, observa-se a ambição de liberdade que os empresários tinham. Ora, ainda que a Súmula 256 proibisse tal conduta, os empresários contratavam as empresas prestadoras de serviços de Conservação e Limpeza.

Os grandes pontos a serem observados aqui são o anseio por liberdade empresarial, bem como a sujeição do trabalhador para realizar tal atividade.

É evidente que o Estado não pode privar o trabalhador de realizar o seu labor, sem uma justificativa minimamente plausível, eis que poderia incorrer em nítido cerceamento de liberdade, bem como afronta ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O quarto grupo há ser estudado é o mais popular no meio acadêmico/jurídico, eis que diz respeito à atividades-meio.

Neste sentido, Delgado expõe:

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se ajustam, pois, às atividades-fim do tomador.⁴⁹

Há de se observar que este sempre foi um tema de discussão no meio trabalhista.

A nova Lei, conforme verificaremos, possibilitou a terceirização das atividades-fim do tomador de serviços. Antes de tal regulação, a terceirização de atividades-fim, tratava-se de terceirização ilícita.

Maurício Godinho Delgado explica sobre o que seria essas tais “atividades-meio”:

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas 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 mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente

⁴⁹ DELGADO, 2016, p. 503.

instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc).⁵⁰

Neste aspecto, nota-se que a Súmula 331, difere grandemente da Súmula 256, visto o leque de possibilidades que expôs ao mercado de trabalho.

Ainda, há de se observar que para que a terceirização seja lícita, não podem haver os elementos constituintes de relação de emprego: “Pessoalidade” e “Subordinação” entre o obreiro e a Tomadora de Serviços.

Amauri Mascaro Nascimento discorre rapidamente sobre o tema:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito emresarial não podem existir elementos pertinentes à relação de em- prego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, nem poderá haver controle de horário, e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. O controle deverá ser feito pela em- presa interposta.⁵¹

Delgado também discorre sobre este tema:

B) Ausência de Pessoalidade e Subordinação Diretas – A Súmula 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser utilizado, mesmo em suas hipóteses excetivas, de modo fraudulento. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações- tipo acima enunciadas, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços (Súmula 331, III, in fine, TST). Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.⁵²

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional da 9ª Região:

TRT-PR-31-01-2017 TERCEIRIZAÇÃO. FUNÇÃO DE PORTEIRO. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE-FIM NÃO CONFIGURADO. LICITUDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA INDEVIDA. A segunda reclamada consiste em um condomínio residencial, que firmou com a primeira ré um contrato para prestação de serviços de administração de imóveis residenciais e condomínios. Nesse contexto, insustentável a tese de que o autor tenha se dedicado à consecução das atividades-fim da segunda ré. Os conceitos de atividade-fim e atividade-

⁵⁰ DELGADO, 2016, p. 503.

⁵¹ NASCIMENTO, 2014, p. 652.

⁵² DELGADO, op. cit., p. 504.

meio, utilizados para se averiguar a legalidade ou não da terceirização, foram elaborados com base no objetivo social das empresas com finalidade econômica, a partir do qual, diante dos princípios relativos à ordem econômica, social e trabalhista, a jurisprudência não tem admitido a exploração da mão-de-obra dedicada às atividades que justificam a própria razão de ser do estabelecimento. É que, com isso, a intermediação das relações empregado-empregador apenas se prestaria à precarização das relações de trabalho, já que não há justificativa plausível para a intromissão de empresa terceira nesse relação. Diferentemente, a existência dos condomínios residenciais não se justifica pelo lucro oriundo da exploração da mão-de-obra operária, mas, sim, da inarredável necessidade de administrar o patrimônio comum. Assim, ao contrário do que ocorre nas empresas com finalidade econômica, em que o trabalho dos empregados é o que justifica a própria existência do estabelecimento, a constituição dos condomínios residenciais não decorre da exploração de mão-de-obra, mas de uma relação jurídica pré-existente, criada com o intuito de estabelecer a ordem por meio de um comando central, único, sob o encargo do síndico e a participação indireta dos condôminos. Nesse sistema, o fim é a ordem, pois a conservação e limpeza poderia ser atingida através de sistema de rodízio ou repartição de atividades entre os próprios condôminos, sem a demanda de trabalhadores empregados ou terceirizados, como ocorre em alguns condomínios menores. Portanto, as atividades-fim no âmbito de um condomínio residencial distinguem-se daquelas definidas no âmbito empresarial. Enquanto nessas há um fim claro, definido, e decorrente da exploração da mão-de-obra, naquelas o fim é jurídico, abstrato, atingível por si mesmo, tanto que sequer seria necessária a contratação de algum empregado. Enfim, as atividades de portaria, conservação e limpeza não são o fim do condomínio residencial - como ocorre nas empresas constituídas com esse propósito - justificando-se, a admissão de empregados, pela conveniência dos condôminos, e a terceirização, pela especialidade dos serviços. Assim, ratifica-se o entendimento primeiro de que não houve terceirização de atividade-fim, tampouco e conseqüentemente, terceirização ilícita apta a justificar a pretendida responsabilização solidária da segunda ré. Sentença mantida.⁵³

Pois bem, ratifica-se que para que uma terceirização seja considerada lícita, observa-se que alguns requisitos da relação de emprego não podem estar presentes na relação entre o trabalhador e a tomadora de serviços.

Neste diapasão, resta demonstrado que, ainda que a Súmula 331 do TST restringia a liberdade empresarial da contratação, bem como da prestação dos serviços, foi uma revolução para o mercado.

Por óbvio que a fim de que se respeite o sistema político estabelecido no Brasil, a regulação por intermédio de lei é o ideal. Entretanto, na ausência desta, o Poder Judiciário, ainda que tenha restringido as possibilidade de terceirização de atividades-fim, cumpriu o seu papel de “Guardião” da Lei, e protegeu - minimamente – os direitos à liberdade, livre concorrência e livre iniciativa.

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Recurso Ordinário nº 06748-2015-673-09-00-0. Relatora: Desembargadora Sueli Gil El Rafihi. Data de Julgamento: 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

3.4 DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Uma vez compreendida acerca da terceirização lícita, a compreensão da terceirização ilícita nos moldes da Súmula 331, torna-se mais inteligível.

Mauricio Godinho Delgado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, aduz:

C) Terceirização Ilícita – Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida. Observa-se que não se trata de se discutir, nesses casos, se a empresa terceirizante é lícitamente constituída e patrimonialmente idônea, já que o núcleo da temática examinada não diz respeito à responsabilidade trabalhista (nde poderiam ter relevo tais aspectos), mas a vínculo empregatício.⁵⁴

Ora, conforme se denota, de acordo com o entendimento da Súmula 331, TST, a ilicitude se dá quando a empresa tomadora de serviços passa a ter uma relação de emprego ao invés de uma relação de trabalho para com o obreiro.

Neste condão, quando os requisitos de relação de emprego estavam presentes ente trabalhador e empresa tomadora dos serviços, os Tribunais, além de declarar a ilicitude da terceirização, declaravam o vínculo empregatício entre o obreiro e a tomadora:

TRT-PR-09-06-2017 EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. Ativando-se a reclamante em atividade-fim da tomadora dos serviços, subordinada a empregada desta durante todo o período em que perdurou o contrato, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa que se beneficiou de sua força de trabalho, por aplicação da diretriz firmada no item I da Súmula nº 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Recurso ordinário da reclamada conhecido e desprovido. EMENTA: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. ILICITUDE DA INTERMEDIÇÃO. Nas hipóteses de terceirização de serviços ligados à atividade-fim, bem como naquelas relacionadas à atividade-meio em que há subordinação direta e pessoalidade, por ser ilícita a intermediação de mão-de-obra, a responsabilidade da empresa tomadora é solidária, diante do que dispõe o artigo 942 do vigente Código Civil. Recurso ordinário da reclamada conhecido e desprovido. EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. SUCUMBÊNCIA. Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento da verba honorária exige o cumprimento dos requisitos da Lei nº 5.584/1970, ainda que se considere as alterações introduzidas no Código Civil (CC) ou

⁵⁴ DELGADO, 2016, p. 504-505.

no novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), uma vez que os artigos 389, 402 e 404 do CC e artigo 85 do CPC/2015 não têm o alcance de consagrar o princípio da sucumbência no Processo do Trabalho. Os artigos 8º e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) admitem a aplicação subsidiária do direito comum apenas nas hipóteses de omissão e de compatibilidade com os princípios e normas trabalhistas, não sendo viável a indenização correspondente aos honorários advocatícios contratados pelo trabalhador, diante das normas que vigoram nesta Justiça Especializada a respeito da matéria. Recursos ordinários das reclamadas e da reclamante conhecidos e providos.⁵⁵

Ainda neste sentido:

TRT-PR-20-09-2016 EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TÉCNICO. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. Sendo, a segunda reclamada, empresa que tem por objeto a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, as funções desenvolvidas pelo autor, técnico em telecomunicações, insere-se na sua atividade-fim. Logo, somente por tais aspectos, o contrato firmado entre as reclamadas refere-se à hipótese de terceirização ilícita, pois operada sem qualquer amparo jurídico. Nem mesmo o invocado artigo 94 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) se presta à pretendida regularização, pois, além de genérico e vago, não pode ser interpretado como autorização irrestrita para terceirização, prática empresarial que, de todo modo, não pode ser juridicamente regulada a partir de um único artigo de lei, antes, demanda uma interpretação sistemática do ordenamento. A terceirização envolve conceitos fundamentais do Direito do Trabalho e envolve, de forma determinante, os empregados, que embora não participem do ajuste comercial entre as rés, têm seus direitos e interesses diretamente atingidos por referida transação. Inviável, de qualquer forma, a terceirização de atividades-fim. Sentença mantida. SOBREAVISO. SUBMISSÃO À ESCALAS DE PLANTÃO. CONFIGURAÇÃO. A nova redação conferida pelo colendo TST à Súmula 428, de fato, não mais leva em conta se o empregado tem sua locomoção restringida para fins de caracterização de sobreaviso. Todavia, por outro lado, não basta que haja o fornecimento do aparelho celular ou computador para a caracterização do estado de sobreaviso (inciso I). Consoante se extrai da própria literalidade da Súmula, é necessária prova do regime de plantão (inciso II), ou seja, incumbe ao empregado (art. 818, da CLT c/c 333. CPC) demonstrar que, além de portar o dispositivo do empregador, tinha que ficar em estado de "alerta", aguardando seu chamado a qualquer momento, posto que o fundamento jurídico para a remuneração de tal período no qual não há trabalho é, justamente, o estar à disposição do empregador (artigo 4º, da CLT). No caso, o preposto confessou que o reclamante estava previamente inserto numa escala de plantão, razão pela qual se tem por demonstrado o labor em escala de sobreaviso nos termos exigidos pela Súmula de regência da matéria. Recurso da reclamada a que se nega provimento.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 7. Turma. Recurso Ordinário nº 19089-2014-652-09-00-0. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 09 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Recurso Ordinário nº 15861-2014-088-09-00-6. Relator: Desembargador Sueli Gil El Rafihi. Data de Julgamento: 20 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Pois bem, nota-se que os tribunais, ao declarar a terceirização ilícita, também declaravam acerca da responsabilidade das empresas tomadora.

A seguir, iremos estudar acerca de como era entendida a responsabilidade, quando se trata de terceirização.

Evidentemente, tal estudo, por hora, ocorrerá nos moldes da Súmula 331, TST.

3.5 DO VINCULO EMPREGATICIO E DA RESPONSABILIDADE

Conforme analisado em epígrafe, o respeito dos requisitos de uma relação de emprego x relação de trabalho, é extremamente importante para compreendermos o entendimento acerca da responsabilidade das empresas tomadoras do serviço terceirizado.

Sobre isto, Delgado fundamenta:

A) Vinculo com o Tomador de Serviços – A Súmula 331, I, preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula 256 do TST, no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita. Configurada esta, determina a ordem jurídica que se considera desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justralhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Reconhecido o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante. A eliminação do vínculo original com a empresa locadora de serviços em favor de seu reatamento com a entidade tomadora é efeito, entretanto, que se passa somente nas situações de terceirização ilícita. Nos casos de terceirização regular (incisos I e III da Súmula 331), mantém-se intocado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante. Nega a ordem jurídica, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado com a entidade tomadora de serviços. É que sendo válida a relação jurídica trilateral terceirizante, não há que se falar em alteração dos laços jurídicos fixados originalmente entre as partes (Súmula 331, I, TST).⁵⁷

Ora, é claro que não há o que se falar em relação empregatícia entre a tomadora e o obreiro, na medida em que forem respeitados todos os requisitos impostos pela Súmula 331, C. TST.

Neste diapasão, por óbvio que uma vez não respeitada a Súmula, a empresa Tomadora dos serviços deve ser responsabilizada pelos danos ao empregado, visto

⁵⁷ DELGADO, 2016, p. 505.

que estão presentes os requisitos de uma relação de emprego (subordinação; pessoalidade; onerosidade e habitualidade).

Sobre isto, Delgado aponta:

A Súmula 331 do TST, tratando dessa reinterpretação da ordem jurtrabalhista no que tange à temática de responsabilidade em contexto de terceirização, fixou que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial” (Súmula 331, IV; grifos acrescidos) O entendimento jurisprudencial sumulado claramente percebe a existência de responsabilidade do tomador de serviços por todas as obrigações laborais decorrentes da terceirização (ultrapassando a restrição de parcelas contida no texto da Lei n. 6.019/74). Apreende também a nova súmula a incidência da responsabilidade desde que verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do obreiro terceirizado (tornando despicienda, assim, a verificação da falência – rectius: insolvência – da empresa terceirizante). Interpreta, por fim, essa súmula que a responsabilidade de que se fala na terceirização é do tipo subsidiário (aqui reduz a súmula examinada a garantia solidária inculpada na Lei n. 6.019).⁵⁸

A súmula, como se denota, traz a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, entretanto, logicamente, só existe a responsabilidade subsidiária quando se trata de terceirização lícita.

Em casos de terceirização ilícita, os tribunais têm entendido acerca da responsabilidade solidária, na medida em que não seria interessante ao empresário terceirizar um serviço e ainda ter de arcar com as verbas trabalhistas devidas no caso de condenação.

Ocorre que os tribunais entendem que, em caso de terceirização ilícita, há de se observar a responsabilidade solidária do tomador dos serviços, eis que o trabalhador era, de fato, empregado da tomadora, vez que era subordinado à esta.

Acerca da responsabilidade solidária, o Código Civil dispõe:

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.⁵⁹

⁵⁸ DELGADO, 2016, p. 520.

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Sobre a responsabilidade das empresas tomadoras do serviço, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, posiciona-se da seguinte forma:

TRT-PR-06-12-2016 EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. O tomador é responsável subsidiário pelos débitos trabalhistas decorrentes do serviço prestado, consoante diretriz contida no item IV da Súmula nº 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), posto que se trate de terceirização lícita, afeta à atividade-meio do beneficiário dos serviços prestados, como disciplinado no item III do mesmo verbete sumular. Recurso ordinário da segunda reclamada conhecido e desprovido. EMENTA. DANOS MORAIS. MERO INADIMPLEMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O inadimplemento das obrigações contratuais, tal como o pagamento das verbas rescisórias, por si só, não acarretam prejuízos de ordem moral a ponto de ensejar o pagamento da indenização, devida somente nas hipóteses em que comprovada a efetiva e específica repercussão na esfera íntima do empregado, o que não ocorreu no caso ora debatido. Recurso ordinário da reclamante conhecido e desprovido.⁶⁰

Ainda, a respeito da responsabilidade subsidiária:

TRT-PR-04-11-2016 EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. O tomador é responsável subsidiário pelos débitos trabalhistas decorrentes do serviço prestado, consoante diretriz contida no item IV da Súmula nº 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), posto que se trate de terceirização lícita, afeta à atividade-meio do beneficiário dos serviços prestados, como disciplinado no item III do mesmo verbete sumular. Recurso ordinário do segundo reclamado conhecido e desprovido. EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos créditos devidos ao trabalhador abrange todas as verbas a cujo pagamento foi condenada a empresa prestadora como devedora principal, aí incluídas as contribuições previdenciárias de responsabilidade patronal (item VI da Súmula TST n.º 331). Não demove essa convicção o fato de a recorrente ser entidade filantrópica isenta do pagamento da contribuição pela Lei nº. 12.101/2009, pois eventual isenção de responsabilidade trabalhista e previdenciária somente diria respeito às pessoas envolvidas no respectivo contrato de trabalho, sem prejudicar a satisfação do crédito trabalhista por uma ou outra empresa. Recurso ordinário da oitava reclamada conhecido e desprovido. EMENTA: INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. CONSEQUÊNCIA. De acordo com o disposto no artigo 71, parágrafo 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), se o empregador não conceder ao empregado o intervalo intrajornada mínimo assegurado em seu caput, ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Interpretando essa norma, o colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da diretriz contida no item I da Súmula n.º 437, firmou o entendimento de que é devido o pagamento de

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 7. Turma. Recurso Ordinário nº 03937-2015-019-09-00-7. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

uma hora extraordinária diária pela violação parcial do intervalo intrajornada. Recurso ordinário do reclamante conhecido e provido. EMENTA: ABATIMENTO. VALORES PAGOS SOB IDÊNTICO TÍTULO. CRITÉRIO. O artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conquanto estabeleça que o pagamento do salário não possa ser estipulado por período superior a um mês, não veda o abatimento dos valores pagos em atraso, os quais, desde que ostentem o mesmo título, devem ser abatidos independentemente do mês de quitação, a fim de evitar bis in idem e o conseqüente enriquecimento ilícito do trabalhador. Esse entendimento está consolidado no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial nº 415 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1). Recurso ordinário da primeira reclamada conhecido e provido, neste ponto.⁶¹

Resta demonstrado que, ainda que não existam os requisitos da relação de emprego, é dever do tomador de serviços fiscalizar o contrato do obreiro e da prestadora de servidas, a fim de que não tenha que incorrer à culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*.

Desta feita, há de se concluir que o tomador de serviços, embora não seja o real empregados do obreiro, mantém para si o dever de fiscalização sob os haveres trabalhistas, a fim de que se afaste a responsabilidade subsidiária em possível ação futura.

Sobre a culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região é bem claro, afirmando em vários julgados que uma vez a tomadora incorra em tais condutas, será indubitável sua responsabilização acerca das verbas.

Inclusive, o veredito incide até sobre Entes da Administração Pública. Vejamos:

TRT-PR-10-07-2018 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - Pelo posicionamento do E. STF (ADC 16/DF): declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93) e do C. TST (Súmula 331, V: Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada), os entes integrantes da Administração Pública podem, sim, ser responsabilizados subsidiariamente por créditos trabalhistas, se comprovado que agiram culposamente no cumprimento das obrigações previstas no referido diploma

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 7. Turma. Recurso Ordinário nº 02118-2015-020-09-00-2. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 04 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

legal, principalmente, com omissão e falta de vigilância do ente público no dever de fiscalização da execução das obrigações trabalhistas pela contratada. O E. STF vedou a transferência automática, à Administração Pública, de responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas, decisão com efeito erga omnes e efeito vinculante, o que não impede contudo, à Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilização subsidiária do ente público pela culpa in vigilando e in omittendo. Inclusive, o próprio STF, em diversas decisões, manifestou-se pela manutenção da responsabilidade subjetiva (por culpa) da Administração Pública: Rcl 14.671 - DJE 11/10/12 - Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 14.419 - DJE 12/09/12 - Min. Celso de Melo; Rcl 14.346 - DJE 06/09/12 - Min. Joaquim Barbosa; Rcl 13.272 - DJE 03/09/12 - Min. Rosa Weber; Rcl 13.204 - DJE 03/09/12 - Min. Luiz Fux; Rcl 13.941 - DJE 31/08/12 - Min. Cezar Peluso; Rcl 13.219 - DJE 14/03/12 - Min. Ayres Britto. O entendimento prevalece de forma pacífica na Suprema Corte, tanto que foi referendado em 1/3/2016 no julgamento da Reclamação 21.956, de relatoria do Exmo. Ministro Edson Fachin, do qual se extrai o excerto: "Após detida análise dos autos, verifico que o ato reclamado reconheceu a responsabilidade subsidiária da parte Reclamante por débitos trabalhistas, com base na análise das provas produzidas no curso do processo. Por conseguinte, reconheceu a culpa da Administração, ao faltar com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da devedora principal. Nesse quadro fático-normativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende não haver violação da autoridade da decisão proferida na ADC 16, a qual declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93". Malgrado as alegações tecidas nas razões recursais, nota-se que não há qualquer documento juntado nos autos que comprove a efetiva fiscalização realizada pelo Município, e isso junto ao teor da defesa dá azo, sim, à responsabilização subsidiária na forma como requerida pela parte autora (por ausência de fiscalização): - os recibos de pagamento (fls. 178 e seguintes) não servem como prova de fiscalização no curso do contrato de trabalho, porquanto são documentos que poderiam ser obtidos facilmente junto ao primeiro Réu (que também os apresentou), após o ajuizamento da presente ação. - O contrato de prestação de serviços de nº 19402 (fl. 167 e seguintes) pactuado entre os Réus afasta, em tese, apenas a culpa in eligendo (porque fruto de licitação). A prova oral emprestada nada versou sobre o assunto (fls. 446/447). (...) Dessume-se do conjunto probatório que não houve fiscalização adequada buscando garantir os créditos trabalhistas dos empregados terceirizados e, diante do exposto, comprovada a negligência do ente público (culpa in vigilando), nos termos do item V da Súmula nº 331 do c. TST, ou seja, tendo agido sem a cautela necessária para fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, deve mantido o entendimento primeiro de responsabilização subsidiária do Município.⁶²

No mesmo sentido:

TRT-PR-07-08-2018 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - Pelo posicionamento do E. STF (ADC 16/DF): declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93) e do C. TST (Súmula 331, V: Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações

⁶² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Processo nº 42704-2015-002-09-00-8-ACO-10879-2018. Relator: Paulo Ricardo Pozzolo. Data de Julgamento: 10 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

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), os entes integrantes da Administração Pública podem, sim, ser responsabilizados subsidiariamente por créditos trabalhistas, se comprovado que agiram culposamente no cumprimento das obrigações previstas no referido diploma legal, principalmente, com omissão e falta de vigilância do ente público no dever de fiscalização da execução das obrigações trabalhistas pela contratada. O E. STF vedou a transferência automática, à Administração Pública, de responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas, decisão com efeito erga omnes e efeito vinculante, o que não impede contudo, à Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilização subsidiária do ente público pela culpa in vigilando e in omittendo. Inclusive, o próprio STF, em diversas decisões, manifestou-se pela manutenção da responsabilidade subjetiva (por culpa) da Administração Pública: Rcl 14.671 - DJE 11/10/12 - Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 14.419 - DJE 12/09/12 - Min. Celso de Melo; Rcl 14.346 - DJE 06/09/12 - Min. Joaquim Barbosa; Rcl 13.272 - DJE 03/09/12 - Min. Rosa Weber; Rcl 13.204 - DJE 03/09/12 - Min. Luiz Fux; Rcl 13.941 - DJE 31/08/12 - Min. Cezar Peluso; Rcl 13.219 - DJE 14/03/12 - Min. Ayres Britto. O entendimento prevalece de forma pacífica na Suprema Corte, tanto que foi referendado em 1/3/2016 no julgamento da Reclamação 21.956, de relatoria do Exmo. Ministro Edson Fachin, do qual se extrai o excerto: "Após detida análise dos autos, verifico que o ato reclamado reconheceu a responsabilidade subsidiária da parte Reclamante por débitos trabalhistas, com base na análise das provas produzidas no curso do processo. Por conseguinte, reconheceu a culpa da Administração, ao faltar com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da devedora principal. Nesse quadro fático-normativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende não haver violação da autoridade da decisão proferida na ADC 16, a qual declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93". Malgrado as alegações da segunda Reclamada, este e. Colegiado entende pela possibilidade de condenação da tomadora de serviços, ainda que esta seja Pessoa Jurídica regida pela Lei 8.666/1993, como in casu (Autarquia Federal). Além disso, a análise documental não permite conclusão diversa daquela obtida na origem: o reconhecimento da culpa in vigilando da UTFPr, já que a defesa e os documentos apresentados apenas servem para afastar a culpa in elegendo (destaca-se nesse sentido os contratos de prestação de serviço de fls. 423 e seguintes). - Os documentos relativos ao contrato de trabalho do Autor só foram obtidos após o ajuizamento da ação, como comprova a solicitação de fls. 417/419 - deveria a UTFPr ter fiscalizado o contrato de trabalho no curso da relação empregatícia, e não a posteriori, como fez. A prova oral (fls. 170/172) nada elucida sobre a situação. (...) Dessume-se do conjunto probatório que não houve fiscalização adequada buscando garantir os créditos trabalhistas dos empregados terceirizados e, diante do exposto, comprovada a negligência do ente público (culpa in vigilando), nos termos do item V da Súmula nº 331 do c. TST, ou seja, tendo agido sem a cautela necessária para fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, deve ser modificado o entendimento primeiro para responsabilizar subsidiariamente a segunda Ré (UTFPr).⁶³

⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Processo nº 17075-2015-008-09-00-6-ACO-12390-2018. Relator: Paulo Ricardo Pozzolo. Data de Julgamento: 07 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Portanto, resta demonstrado que o tomador dos serviços deve estar atendo ao cumprimento das obrigações existentes entre o real empregador para com o obreiro.

Apenas à título de curiosidade, conforme discorre Maurício Godinho Delgado:

1. Obrigações do Empregador. Os principais efeitos próprios ao contrato empregatício, que ficam sob responsabilidade do empregador, consubstanciam-se, essencialmente, em *obrigações de dar*, isto é, obrigações de pagamento. São manifestações desse conjunto de obrigações de dar o pagamento das verbas salariais e das outras diversas parcelas econômicas decorrentes do contrato (ainda que verbas trabalhistas sem natureza salarial, como o vale-transporte, o FGTS e outras). O contrato origina, porém, certas *obrigações de fazer*, a serem adimplidas pelo empregador. A assinatura de CTPS e a emissão do documento CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho em situação de infortúnio do trabalho) são exemplos desse tipo de efeito resultante do contrato empregatício.⁶⁴

Há de se observar que, por óbvio, a *culpa in vigilando* e a *culpa in eligendo* recaem exatamente nestas “obrigações de fazer” contraídas a partir do contrato de prestação de serviços realizados.

Ora, embora a tomadora não efetue os pagamentos, tampouco a anotação na CTPS e etc, deve observar o devido cumprimento da legislação trabalhista para que o trabalhador labore em condições dignas e receba todos os seus haveres, haja vista que se trata de verba alimentar.

3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, restou evidenciado a maneira com a qual a terceirização era lidada frente a regulação sumulada. Ainda, observou-se o modo que o judiciário lidava com o assunto.

Em resumo, a terceirização poderia era considerada lícita, desde que atendidos os requisitos constantes na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, destaca-se que a súmula aponta até quanto a responsabilidade da tomadora de serviços.

⁶⁴ DELGADO, 2016, p. 681.

4 DA TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A NOVEL REGULAÇÃO

Conforme restou demonstrado no primeiro capítulo do trabalho, a regulamentação é essencial para que se dê legitimidade a quaisquer condutas que possam ser tomadas pelos indivíduos em uma Sociedade.

Ora, a lógica é simples. Todo poder emana do povo que o exerce através de um representante.

Este representante possui o Poder/Dever de legislar acerca das liberdades individuais de seus representados para que estes possuam “Segurança Jurídica” e conseqüentemente usufruam totalmente de sua liberdade, propiciando, desta forma, a “paz” e o efetivo “bem comum”.

Ocorre que, por muito tempo, o Órgão que deveria defender tal “segurança jurídica”, isto é, a “Entidade” que deveria fiscalizar o bom uso das liberdades dos indivíduos se deparou com a necessidade de regular, ou melhor, de oferecer diretrizes acerca da terceirização.

Esta ideia resta evidente ao lermos a Súmula 331, TST.

Observa-se, pois, que por muito tempo, a regulação acerca da liberdade de terceirizar foi ditada pelo Judiciário, visto a inércia do poder legislativo.

Entretanto, em 2017, tal omissão legislativa se findou, resultando em duas leis que tratam sobre a terceirização: Lei nº 13.429/17 e Lei nº 13.467/17, as quais trataremos especificamente adiante.

Inicialmente, convém destacar que o Estado Garantidor, finalmente legislou acerca de um tema importantíssimo não só para a economia, mas para o exercício de labor do cidadão brasileiro.

De acordo com o apontado em vários sites de notícia (como G1⁶⁵; R7⁶⁶), o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – em pesquisa realizada averiguou que cerca de 18,9% dos brasileiros exercem o labor terceirizado.

Ora, é evidente que a pesquisa demonstra um número elevado quanto a terceirização.

⁶⁵ SILVEIRA, Daniel. 19% dos empregados foram contratados por intermediários, aponta IBGE. **G1-Globo**, 26 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/19-dos-empregados-foram-contratados-por-intermediarios-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁶⁶ 18,9% dos empregados brasileiros são terceirizados, diz IBGE. **R7**, 26 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/189-dos-empregados-brasileiros-sao-terceirizados-diz-ibge-26042017>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Por se tratar de uma atividade tão importante, é evidente que estava mais do que na hora do legislador se posicionar acerca do tema.

Sobre isto, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado discorrem:

A última das alterações promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista no plano do Direito Individual do Trabalho (também com reflexos no Direito Coletivo do Trabalho, evidentemente) diz respeito ao regime jurídico da terceirização trabalhista. A terceirização trabalhista, conforme se sabe, não apresentava, no País, até então, um diploma legal e próprio, que lhe regulamentasse as específicas hipóteses de incidência, as garantias ambientais, trabalhistas, previdenciárias e responsabilizatórias, além de outros aspectos relevantes, de maneira a evitar que tal fórmula de contratação e gestão trabalhistas se tornasse um mero instrumento de degradação das condições ambientais, laborativas e previdenciárias no contexto do mundo da economia e da sociedade brasileira. Do ponto de vista da legislação ordinária, existiam, essencialmente, a Lei do Trabalho Temporário (n.6.019/1974) e a Lei do Serviço de Vigilância Especializada (n.7.102/1983), as quais regulavam, contudo, dimensões e segmentos delimitados da dinâmica terceirizante. (...) Nesse quadro de ausência de um diploma legal abrangente sobre a terceirização, a jurisprudência trabalhista realizou o seu papel de interpretar o conjunto da ordem jurídica vigente no País, inclusive as suas matrizes constitucional e internacional imperativas, lançando essa interpretação na Súmula 331 do TST, composta, contemporaneamente, por seis incisos. O legislador ordinário de 2017 decidiu, porém, instituir regras sobre a terceirização trabalhista. E o fez por intermédio da Lei n. 13.429, de 13 de março de 2017, e da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. O primeiro diploma legal (Lei n. 13.429/17), basicamente, alinhavou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei n. 6.019/1974. No tocante às regras que introduziu sobre a terceirização em geral, elas não afetaram, de maneira significativa, o quadro jurídico até então imperante no ordenamento jurídico do País. O segundo diploma legal (Lei n.13.467/17 – a Lei da Reforma Trabalhista) foi além, introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo.⁶⁷

Conforme se denota, o legislador vendo a necessidade de regular e estipular regras acerca do exercício da terceirização, viu-se na obrigação de legislar quanto ao tema em questão.

Nos pontos a seguir, veremos como funcionam tais institutos e os seus efeitos sociais e econômicos.

4.1 ASPECTOS GERAIS QUANTO A NOVEL REGULAÇÃO

Conforme exhaustivamente discorrido, restou comprovado a necessidade da regulamentação *in legis* da terceirização.

⁶⁷ DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. São Paulo: LTr. 2018. p. 219-220.

Neste diapasão, se faz necessário destacar que não de ser observados alguns dos princípios constitucionais a fim de que de fato os direitos e garantias sejam protegidos pela lei.

É notório que a Constituinte de 1988 aponta inúmeros princípios que devem ser respeitados pelo legislador infraconstitucional.

Aliás, a Constituição aponta Princípios específicos do Direito do Trabalho, conforme aponta Godinho:

[...] São os denominados *princípios constitucionais do trabalho*: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito à vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; 8) princípio da não discriminação; 9) princípio da igualdade em sentido material; 10) princípio da segurança; 11) princípio da proporcionalidade e razoabilidade; 12) princípio da vedação do retrocesso social.⁶⁸

Portanto, uma vez que a constituição nos traz estes princípios, o legislador infraconstitucional deverá respeitá-los, a fim de que a Sociedade Democrática de Direito seja exaltada.

Ainda, a constituição é o diploma que carrega os princípios norteadores da sociedade, bem como regras básicas de funcionamento estatal, logo, não deve tratar da regulamentação em si, mas dos princípios legitimadores de tal regulamentação.

Sobre isso, Delgado reza:

A constituição de 1988 traz limites claros ao processo de terceirização laborativa na economia e na sociedade, embora não faça, evidentemente – como não caberia -, regulação específica do fenômeno.⁶⁹

Conclui-se, pois, que a Constituição/88, por trazer limites claros ao processo de terceirização através de limites, não poderia – evidentemente – realizar regulação específica do fenômeno, eis que se trata de diploma que dita as diretrizes sociais gerais.

⁶⁸ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 223.

⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 512.

4.2 DA LEI N. 13.429/2017

Uma das mudanças promovidas no ano de 2017 certamente foram um marco na legislação trabalhista.

A Lei n. 13.429/2017 promoveu modificações ao contrato de trabalho temporário.

Sobre o tema em epígrafe, Mauricio Godinho Delgado e Gabriel Neves Delgado, discorrem:

A Lei n.13.429, de 31 de março de 2017, alterou dispositivos da Lei n. 6.019/74, reguladora do contrato de trabalho temporário. Nas alterações que realizou, as mais significativas foram na direção da ampliação do prazo padrão para esse contrato de trabalho especial, que passou de três meses (prazo anterior) para até 180 dias, consecutivos ou não (novo § 1º do art. 10 da Lei n.6.019/75). Acresce ainda a nova Lei que o contrato de trabalho temporário poderá ser prorrogado por até 90 dias, consecutivos ou não, além do prazo de 180 dias já mencionado, “quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram” (novo § 2º do art. 10 da Lei n. 6.019/74). [...] A Lei n. 13.429/17, por outro lado, explicitou algo que já era claro na antiga redação jurídica da Lei n. 6.019/74: o fato de poder o contrato de trabalho temporário “versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços” (novo §3º do art. 9º da Lei n. 6.019/74). Porém, nesse aspecto, repita-se, não houve real inovação, pois tal compreensão já era pacificamente inferida do texto original da Lei do Trabalho Temporário.⁷⁰

Observa-se, desta forma, que a Lei n. 13.429/17 não provocou grandes mudanças à terceirização, entretanto, o ponto de destaque é a regulamentação em lei do instituto.

Ainda, há de se observar as nomenclaturas com as quais as empresas (tanto a prestadora quanto a tomadora) passam a ser compreendidas, e os seus efeitos acerca da responsabilidade:

Do ponto de vista técnico-jurídico, a Lei n.13.429/2017 não incluiu modificações substantivas no regime jurídico da terceirização trabalhista em geral. Ao invés, confirmou a compreensão interpretativa dominante a respeito das possibilidades e limites jurídicos da terceirização trabalhista, classicamente explicitados pela interpretação sufragada na Súmula 331 do TST. De fato, a nova Lei define a empresa “prestadora de serviços a terceiros” como “a *pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos*” (Novo art. 4º-A, *caput*, Lei n. 6.019/74; grifos acrescentados). Em conjugação com o novo art. 4º-A, *caput*, supracitado, o novo art.5º-A, *caput*, da Lei n. 6.019/74 dispõe que contratante “é a *pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos*”. Por fim, o novo §

⁷⁰ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 228-229.

5º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/74 se reporta à responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços (ou “empresa contratante”, dentro da nova linguagem legal) pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, sem prejuízo da responsabilidade solidária criada pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, no caso de verbas de caráter previdenciário.⁷¹ (grifos nosso)

Assim, fica evidenciado que o legislador conferiu segurança jurídica ao trabalhador, eis que legislou sobre o tema, estabelecendo as diretrizes do trabalho temporário em lei.

Ademais, calha salientar que, em que pese o trabalho temporário já tivesse regulação, a Lei n. 13.429/17 trouxe objetividade e por hora sanou as omissões legais acerca da terceirização de tal contrato, bem como quanto a responsabilidade da tomadora dos serviços.

4.3 DA LEI N. 13.467/2017

A Reforma Trabalhista, trouxe consigo inúmeras mudanças, dentre elas a possibilidade de terceirização das atividades principais da tomadora dos serviços, isto é, atividades-fim.

Com a Súmula 331 do TST, a possibilidade da terceirização compreendia apenas as atividades-meio da tomadora dos serviços, cujas possibilidades mais famosas – obviamente com as devidas cautelas – estavam entre as atividades de limpeza e vigilância.

Ocorre que com o advento da reforma, as possibilidades foram ampliadas.

Frisa-se, novamente, que o intuito deste trabalho não é a pesquisa acerca dos benefícios ou malefícios econômicos ou quanto a dignidade do obreiro nos casos de terceirização, mais, sim, e tão somente, a necessidade de regulamentação legal do tema.

De acordo com a reforma, ficou estabelecido o seguinte:

Art. 2º A Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

⁷¹ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 229.

.....” (NR)

“Art. 4o-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.”

“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.

.....” (NR)

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

“Art. 5o-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.”⁷²

Há de se destacar, aqui, os arts. 4º-A e o 5º-A supracitados, onde resta estabelecida a possibilidade da terceirização da atividade principal da tomadora dos serviços.

Conforme aduz Delgado:

Pela literalidade do texto normativo inserido pela Lei n. 13.467/2017, há referência à terceirização de quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive a sua atividade principal.⁷³

⁷² BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 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. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷³ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 231.

Novamente, há de se deixar claro que não é o intuito do presente trabalho discorrer acerca dos malefícios ou benefícios na novel possibilidade.

Entretanto, mister se faz ressaltar que, conforme se observa ao decorrer do trabalho, é “ônus” do legislador ditar regras de conduta, e “ônus” do judiciário julgá-las e adequá-las à sociedade.

Ora, por muito tempo o Poder Legislativo permaneceu omissos quanto à terceirização, se permitindo a insegurança jurídica ao corroborar - ainda que de forma tácita - com que o judiciário “legislasse” sobre o tema através da Súmula 331.

É evidente que em meio a inércia do legislativo, o Judiciário precisou se posicionar sobre o tema, entretanto, por se tratar de competência do Poder Legislativo formular as leis, tal regulação acerca da terceirização, de fato, é louvável.

Ocorre que, com a novel possibilidade - terceirização de atividades fim -, surgem dúvidas quanto a responsabilidade das partes envolvidas.

No capítulo seguinte, iremos ver o posicionamento do Min. Maurício Godinho Delgado quanto ao tema.

4.4 DA RESPONSABILIDADE

Restou demonstrado no tópico “2.5 DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E DA RESPONSABILIDADE” que a responsabilidade, em regra, é subsidiária.

Isto porque, desde que respeitados todos os requisitos anteriormente impostos, não havia um vínculo de emprego entre obreiro e tomadora de serviços.

Conforme Maurício Godinho Delgado, a lógica permanece a mesma, entretanto com uma peculiaridade apontada por ele, cuja qual, merece atenção:

Esclareça-se, de toda forma, que o novo diploma legal deixa claro ser necessário que a empresa prestadora de serviços se trate de entidade que possua capacidade econômica comparável com a execução dos serviços contratados. É o que está explícito no *caput* do art. 4º-A da Lei n. 6.019/74, com as alterações feitas pela Lei da Reforma Trabalhista. [...] Quer isso dizer que se torna irregular a terceirização trabalhista quando realizada mediante a contratação de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que **não** possua capacidade econômica compatível com a execução dos serviços contratados. Tal irregularidade, ademais, poderá convolar em *solidária* a responsabilidade meramente subsidiária pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho fixada pelo novo art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019/1974, conforme redação promovida pela Lei n. 13.467/2017 (e tradicionalmente já reconhecida pela jurisprudência trabalhista: Súmula 331, IV e V, TST). Essa acentuação da responsabilidade ocorre em face de se tratar, com a irregularidade

verificada, de *responsabilidade por ato ilícito*, resultante do art. 186 c./c. o art. 942, *caput* e parágrafo único do Código Civil de 2002, preceitos amplamente aplicáveis às relações trabalhistas (art. 8º, *caput* e §1º, CLT). Pontue-se, de toda maneira, que a responsabilidade pelas parcelas próprias à Seguridade Social ostenta. Automaticamente, a natureza solidária, por força do disposto no art. 31 da Lei Previdenciária n. 8.212/1991, conforme enfatizado pelo §5º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/74.⁷⁴

Nota-se, portanto, que acerca da responsabilidade, a ideia se mante.

Desde que a terceirização seja lícita, isto é, não exista o vínculo de emprego entre o obreiro e a tomadora dos serviços, a responsabilidade é subsidiária.

Ocorre que, o artigo 4-A, na parte final do *caput*, reza: "[...] à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução."

Observa-se, então, a "limitação" legal. Ora, conforme dita Delgado, a pessoa jurídica de direito privado que terceirizar, entretanto, **não** possua capacidade econômica compatível com a sua execução poderá ter a responsabilidade subsidiária transformada em solidária, visto o disposto legal.

Desta forma, resta evidenciado que quanto a responsabilidade, a ideia permanece igual, isto é, desde que seja lícita, a responsabilidade é subsidiária, já, em caso de terceirização ilícita, a responsabilidade se converte em solidária.

⁷⁴ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 232-233.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer do trabalho, observou-se a necessidade da regulação em lei acerca das possibilidades de labor e conduta dos cidadãos.

Somente desta forma se há, de fato, a segurança jurídica, a liberdade, o cumprimento do dever social e o enaltecimento do que entendemos por “Bem Comum”.

Ocorre que, por muito tempo a regulação de uma atividade (terceirização) se dava através de uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Isto nos mostra duas coisas, a primeira é o ativismo judicial, atitude esta que nos pareceu afrontar o princípio da legalidade, constante no Art 5º, Inc. II, CF/88.

A segunda é a inércia do legislativo. Esta inércia não poderia ter perpetuado tanto tempo, eis que, conforme as notícias apontadas, em meados de 2015, 18,9% da população laborava em situação de terceirização.

Pois bem, finalmente o Poder Legislativo se posicionou e em exercício de sua competência, positivou a matéria, trazendo assim, segurança jurídica à sociedade, eis que, a terceirização e suas possibilidades não se tratam mais de um entendimento unificado pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas decorre de lei, respeitando a legalidade.

Por fim, há de se observar que, o que se estudou aqui é a mera necessidade de regulação por meio de lei e os benefícios desta conduta. Isto significa dizer que o intuito do trabalho não foi, de forma alguma, discutir acerca da assertiva (ou não) do Poder Legislativo quanto aos moldes impostos nos artigos que discorrem sobre o tema.

REFERÊNCIAS

18,9% dos empregados brasileiros são terceirizados, diz IBGE. **R7**, 26 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/189-dos-empregados-brasileiros-sao-terceirizados-diz-ibge-26042017>>.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrê. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto; tradução Denise Agostinetti. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 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. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Processo nº 17075-2015-008-09-00-6-ACO-12390-2018. Relator: Paulo Ricardo Pozzolo. Data de Julgamento: 07 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Processo nº 42704-2015-002-09-00-8-ACO-10879-2018. Relator: Paulo Ricardo Pozzolo. Data de Julgamento: 10 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Recurso Ordinário nº 06748-2015-673-09-00-0. Relatora: Desembargadora Sueli Gil El Rafihi. Data de Julgamento: 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 6. Turma. Recurso Ordinário nº 15861-2014-088-09-00-6. Relator: Desembargador Sueli Gil El Rafihi. Data de

Julgamento: 20 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 7. Turma. Recurso Ordinário nº 03937-2015-019-09-00-7. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 7. Turma. Recurso Ordinário nº 02118-2015-020-09-00-2. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 04 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 9. Região. 7. Turma. Recurso Ordinário nº 19089-2014-652-09-00-0. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Data de Julgamento: 09 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Portal do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_01_350.html#SUM-331>.

BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. **Diálogos Interdisciplinares entre Filosofia e Ciências Humanas**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: Comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. Tradução: Claudia Freire. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política: Livro I. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. 33. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MILL, Alfred. **Tudo o que Você Precisa Saber Sobre Economia**. Tradução: Leonardo Abramowicz. 2. ed. São Paulo: Editora Gente, 2017.

MISES, Ludwig von; tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. **As Seis Lições**: Reflexões sobre Política Econômica para Hoje e Amanhã. 8. ed. São Paulo: LVM, 2017.

MORATO, João Marcos Castilho. **Globalismo e Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

REZENDE, Antonio. **Curso de Filosofia**: para Professores e Alunos dos Cursos de Ensino Médio e de Graduação. 15. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xeque e outros Ensaio**s. São Paulo: LTr, 2003.

SILVEIRA, Daniel. 19% dos empregados foram contratados por intermediários, aponta IBGE. **G1-Globo**, 26 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/19-dos-empregados-foram-contratados-por-intermediarios-aponta-ibge.g.html>>.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016.