

ANOTAÇÕES PARA VOTO ORAL

ADPF 324 E RE 958.252

TERCEIRIZAÇÃO

Ementa: Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das

normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017 persiste o objeto da ação, entre outras razões, porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.

8. Julgo procedente a ADPF e dou provimento ao recurso extraordinário, assentando, em ambos os casos, a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio.

I. INTRODUÇÃO

1. A ADPF 324 e o RE 958.252 foram apregoados conjuntamente e o meu voto é igualmente conjunto relativamente aos dois processos.

II. A HIPÓTESE

1. ADPF 324

Objeto:

a) o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho que, invocando o Enunciado 321 do TST, tem produzido decisões contraditórias e restritivas da terceirização, alegadamente sem base constitucional ou legal;

b) tais decisões têm aumentado a litigiosidade em torno da matéria e trazido insegurança jurídica e prejuízos.

2. RE 958.252

Objeto: a decisão do TRT da 3ª Região, mantida pelo TST, que impede uma empresa de celulose – isto é, fabricante de papel, de terceirizar os serviços de reflorestamento e afins, por considerar que se trata da atividade-fim da empresa, o que seria vedado.

3. A discussão, portanto, versa o tema da terceirização. Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra empresa, por motivos de custo, eficiência, especialização ou outros interesses empresariais. Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa – denominada empresa contratante – passa a ser cumprida por uma outra empresa – denominada prestadora de serviços ou contratada.

Ex.1. Uma empresa pode ter um departamento jurídico interno ou pode contratar um escritório externo. Mesmo um escritório de advocacia tributária pode contratar um parecer ou uma sustentação oral em matéria tributária a outro escritório.

Ex.2. Uma empresa de construção pode ter um engenheiro calculista ou pode contratar um escritório externo de cálculo. Ou, mais ainda: pode terceirizar a impermeabilização do telhado ou a construção da piscina;

Ex.3. Uma empresa de petróleo pode adquirir e operar uma plataforma ou pode contratar uma empresa para conduzir a operação.

4. Em última análise, tarefas de interesse da empresa contratante são desempenhadas por empregados da empresa prestadora de serviços. No geral, a Justiça do Trabalho tem entendido que é possível terceirizar a atividade-meio da empresa contratante, mas não a atividade-fim.

5. Eu vou começar o meu voto pela parte comum às duas ações e depois vou destacar as especificidades de cada uma.

PRELIMINARES

Feitos tais esclarecimentos iniciais, principio o voto por explicitar que nenhuma das preliminares arguidas impedem o julgamento do mérito deste feito. Explico:

1. Regularidade da procuração com poderes específicos. A requerente apresentou procuração com poderes para ajuizar ADPF. A procuração não delimitava apenas o ato atacado. Ocorre que a ação não se volta contra um ato específico, mas contra um conjunto de decisões judiciais que restringe a terceirização, de forma que a própria delimitação do ato atacado exigia uma escolha processual mais sofisticada, que fazia sentido delegar ao advogado que patrocinaria a ação. Além disso, quem pode o mais: “propor ADPF”, pode “o menos”, delimitar com precisão seu objeto.

2. Inocorrência de inépcia da inicial. O ato atacado foi perfeitamente identificado na inicial: trata-se do conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre o tema terceirização, que se reputa errático e inseguro. Questionamento semelhante foi admitido na ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, quando o STF conheceu de ação direta contra o conjunto de decisões judiciais sobre interrupção da gestação de fetos anencefálicos. O ato atacado não é a Súmula 331 do TST, que constitui mera síntese de parte dos posicionamentos da Justiça do Trabalho sobre o assunto e que também é, ela própria, objeto de interpretação controvertida no conjunto de decisões atacadas.

3. Legitimidade para a causa. O Supremo já decidiu que o fato de uma associação reunir diversos segmentos de um mesmo mercado ou atividade econômica não a descredencia para a propositura de ação (ADI 3413, rel. Min. Marco Aurélio). Foi o que ocorreu no caso de uma associação fabricante dos mais diversos tipos de máquinas (ABIMAQ) e é o mesmo que se passa aqui, em que os associados atuam em segmentos relacionados ao agronegócio. O que se deve destacar, no ponto, é que o **interesse de tais associados é homogêneo**, ainda que suas atividades sejam distintas. De resto, vale lembrar que a Confederação Nacional da Indústria – CNI, congrega sindicatos de categorias as mais díspares e nem por isso deixou de ter sua legitimidade reconhecida para propositura de ação direta. O que importa, nesta matéria, segundo a jurisprudência mais recente do STF, é o atendimento do **requisito da “representatividade adequada”**, que se encontra presente (ADI 4079, rel. Min. Luís Roberto Barroso).

4. Subsidiariedade. Não há tampouco outra ação ou recurso por meio do qual se possa obter um pronunciamento desta Corte que seja vinculante e produza efeitos gerais não apenas para o Judiciário, mas também para a Administração Pública, e que permita o ajuizamento imediato de reclamação em caso de descumprimento – providência que é essencial para pôr fim ao debate aqui travado, acerca da licitude das terceirizações, já que há notícia inclusive de **autuações das Superintendências do Trabalho**.

5. Inocorrência de perda do objeto. Persiste o interesse no julgamento da ação, a despeito de ter a Lei 13.467/2017 autorizado a terceirização de atividade fim e meio, tendo em vista que: (v.a) persiste o objeto atacado: o feito não se volta contra a ausência de norma sobre terceirização, mas contra o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que decidem o tema em desacordo com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica entre outros; (v.b) persiste o padrão decisório atacado: a despeito da aprovação das leis em questão, a Justiça do Trabalho manteve o padrão decisório anterior: a Lei 13.467 foi

publicada em 13 de julho de 2017 e, passados mais de um ano, a Súmula 331 do TST não foi revogada ou alterada para se ajustar à norma; além disso, enunciados aprovados pela ANAMATRA, na Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, recomendam a não aplicação da lei, ao fundamento de que é inconstitucional, por violar a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho; (v.c) a lei foi aprovada 8 meses depois do pedido de pauta: requeri inclusão do feito em pauta para julgamento em novembro de 2016, quando o caso já estava pronto para julgamento, e a lei foi aprovada em julho de 2017, de modo que os jurisdicionados em geral não podem ser prejudicados pelo congestionamento da pauta da Corte.

Afastadas as preliminares, passo ao mérito da causa. Como observado no relatório, o enfrentamento da matéria impõe que se respondam às seguintes questões: 1 - A terceirização – de atividades-fim ou de atividades-meio – é compatível com a Constituição de 1988? 2 – O conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que restringe a prática da terceirização tem amparo na Carta?

MÉRITO

I. COMPREENDENDO O MUNDO ATUAL

1. De acordo com Yuval Noah Harari, três grandes revoluções moldaram a história da humanidade: a Revolução Cognitiva, a Revolução Agrícola e a Revolução Científica.

2. A *Revolução Cognitiva* deu-se por volta de 70 mil anos atrás, marcando verdadeiramente o início da história. A partir desse momento se desenvolve o traço distintivo essencial que singulariza a condição humana, que é a comunicação, a linguagem, a capacidade de transmitir informação, conhecimento e ideias.

3. A *Revolução Agrícola* tem lugar há cerca de 10 mil anos, com o domínio de técnicas de plantio e a domesticação de animais. A possibilidade de produzir alimentos em vez de ir buscá-los ou caçá-los fixou os grupos humanos

em lugares determinados, fazendo com que passassem de nômades a sedentários. Começam a surgir as cidades, os Estados e os Impérios.

4. Por fim, veio a *Revolução Científica*, que tem início ao fim do Renascimento, na virada do século XV para o XVI, e se estende até os dias de hoje. Um rico período da história da humanidade, que incluiu a publicação da obra revolucionária de Nicolau Copérnico e a conquista da lua, passando pelo Iluminismo e a Revolução Industrial, até chegar ao mundo interligado por computadores. Éramos 500 milhões de pessoas em 1500, ao final da Idade Média. Somos 7 bilhões hoje.

5. Já agora, tudo sugere que há uma nova revolução em curso, capaz de mudar, substancialmente, a vida na terra e a própria condição humana: a Revolução Digital ou Tecnológica, com suas promessas e desafios no plano político, econômico e social.

6. O mundo se encontra em meio a uma revolução tecnológica de larga escala e impressionante velocidade, que está alterando substancialmente o modo como as pessoas vivem, trabalham e se relacionam. Trata-se de uma nova revolução industrial, que sucede às anteriores: a que veio com o uso do vapor (1850-1900), a da eletricidade (1900-1940) e a do motor e da automação (1940-1900)¹.

7. A nova revolução é a Revolução Digital. Sem entrar em muitos detalhes técnicos que eu não ousaria tentar explicar, o que ocorreu aqui foi a mudança da tecnologia mecânica e eletrônica analógica para a eletrônica digital. A nova tecnologia permitiu a massificação do computador, do telefone celular digital e, conectando bilhões de pessoas em todo o mundo, a *internet*. Vivemos a era da informação e do acesso quase ilimitado ao conhecimento.

8. A maneira como se realiza uma pesquisa, se fazem compras, se chama um táxi, reserva-se um voo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos, foi inteiramente revolucionada. Nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário,

¹ Idem, p. 2.

uma nova semântica e uma nova gramática. A linguagem dos nossos dias inclui um conjunto de termos recém-incorporados, sem os quais, no entanto, já não saberíamos viver: Google, Uber, Spotify, Youtube, Windows, Mac, Dropbox, Skype, Facetime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google maps, Google translator,. Para citar alguns.

9. Não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado. Está todo mundo atrás de novos modelos de negócio e, como bússola desse caminho, busca-se também uma nova ética, que consiga combinar liberdade, privacidade, veracidade, proteção contra *hackers*, contra a criminalidade *online* e outras vicissitudes.

10. A maior parte dos processos no Supremo Tribunal Federal, hoje, é eletrônica. O interessado faz o *upload* da sua petição onde estiver. E eu decido acessando o sistema de onde estiver, e depois assino eletronicamente por meio de um *app* no meu celular, seja de Brasília, de Londres ou de Vassouras.

11. A velha economia não morreu e, mais do que isso, procura interagir e beneficiar-se da nova economia. Mas o fato inafastável é que a economia baseada na produção agrícola e na produção industrial, na transformação de matérias primas e produção de bens materiais – ouro, petróleo, fábricas, trigo – cede espaço à nova economia, cuja principal fonte de riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação.

12. Há um século, uma *commodity* era responsável pelo crescimento exponencial de uma indústria: o petróleo. Reguladores antitrust tiveram de intervir para evitar a excessiva concentração de poder econômico. Nos dias de hoje, as preocupações que ao início do século eram despertadas pelo petróleo transferiram-se para uma nova indústria: a que lida com dados.

13. Há inquietações diversas, que incluem concorrência, privacidade e desemprego. Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft são as cinco empresas mais valiosas do mundo. É a chamada economia de dados².

14. Inovação e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo³ da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3-D, da nanotecnologia e da computação quântica. O futuro é imprevisível e assustador, em meio a profecias que preveem a própria perda da primazia do *homo sapiens*, tal como o conhecemos.

15. O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari acredita que o avanço tecnológico e a engenharia genética criarão *super-homens* e faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade. Uma delas é a seguinte:

“Enquanto a revolução industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução criará a classe inútil”.

18. O risco do desemprego será a assombração do novo tempo. A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão *offset*, os linotipistas invadiam as redações para quebrar as novas máquinas. Quando surgiu o *prêt a porter*, alfaiate destruíram as lojas que vendiam roupas prontas. E mesmo assim, a história não parou. Temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado.

II. O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO ATUAL

² “The world’s most valuable resource” e “Fuel of the future”. *The Economist*, 6-12 mai 2017, p. 9 e 19-22.

³ *Admirável Mundo Novo* é o título de um livro – livro é uma forma de transmissão de conhecimento e informação impressos em papel e encadernado – de ficção científica, que descreve uma sociedade em que as pessoas são geradas em laboratório e programadas. Eu li no ginásio e fiquei apavorado.

1. No contexto histórico descrito acima, é inevitável que o mundo do trabalho passe, em todos os países de economia aberta, por transformações extensas e profundas. Não se trata, propriamente, de escolhas ideológicas ou preferências filosóficas. É o curso da história.

2. É nesse ambiente que nos esforçamos todos para harmonizar as novas demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores. E, do modo como penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores emprego, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte.

3. Relativamente ao debate das questões trabalhistas que têm chegado ao Supremo Tribunal Federal, tenho me posicionado da seguinte forma:

a) quando entendi que a quitação geral dada pelo trabalhador que aderiu voluntariamente a um Plano de Demissão Incentivada (PDI), instituído mediante negociação coletiva, deveria prevalecer sobre a CLT, foi porque me convenci que a desmoralização dos PDIs era uma perda para os trabalhadores. Não era esse o entendimento da Justiça do Trabalho;

b) Quando votei a favor da contribuição sindical *facultativa* e não compulsória, foi por entender que o modelo de monopólio e arrecadação fácil subjacente aos sindicatos brasileiros favorecia sindicalistas, mas não os trabalhadores;

c) Quando apoiei as regras que desestimulavam a litigância trabalhista temerária foi para favorecer e dar celeridade aos casos de trabalhadores que efetivamente litigavam por bons direitos, e não por espertezas diversas.

4. Eu estou pontuando esses aspectos para deixar claro que este não é um debate entre progressistas e reacionários. É uma discussão sobre qual a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direitos dos empregados e desenvolvimento econômico. Porque se não houver desenvolvimento econômico, se não houver sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores.

5. Num momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos ou apegos a dogmas antigos. Subjacente

a essa discussão está uma dualidade que já esteve presente nos debates anteriores, que contrapõe uma visão protecionista/paternalista a uma visão emancipatória, que favorece a negociação e a liberdade.

6. Sempre lembrando que a liberdade de contratar, no caso do direito do trabalho, é rigidamente limitada pela Constituição. Com terceirização ou sem terceirização, há direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores que estarão sempre assegurados – desde que não sejam jogados na informalidade trazida por regras excessivamente protetivas. De fato, esses direitos básicos dos trabalhadores incluem sempre: a) salário; b) segurança; c) repouso; d) férias; e) FGTS, entre outros. Ninguém cogita suprimir esses direitos. Mas o excesso de proteção muitas vezes desprotege.

II. ALGUMAS MUDANÇAS NO MUNDO DO TRABALHO NO BRASIL E NO MUNDO

1. Durante boa parte do século XX, as empresas se estruturavam num modelo conhecido como *fordista*, em que a empresa executava internamente todas as etapas da cadeia de produção. Havia a chamada *integração vertical*. Esse modelo gerava estruturas físicas muito grandes, custos fixos altos e baixa capacidade de adaptação às flutuações do mercado.

2. Na segunda metade do século XX, tendo como referência o modelo adotado a partir da empresa japonesa Toyota, conceberam-se organizações mais enxutas e flexíveis. Para evitar estruturas físicas excessivamente grandes, custos fixos altos e aumentar a capacidade de se adaptar às demandas do mercado, passou-se a fazer a contratação externa de parte da produção. Essa fórmula permite a expansão da capacidade produtiva da empresa em tempos de aumento de demanda e sua redução em épocas de retração.

3. Além disso, permite que a empresa contratante se especialize naquilo que constitui o seu diferencial e se beneficie da especialização e eficiência de outras empresas, que lhe prestam serviços. Por exemplo:

a) uma montadora de automóveis, em lugar de produzir pneus, adquire-os de uma empresa especializada, com *know how* específico;

b) uma construtora não precisa produzir o próprio concreto e pode terceirizar a sua produção ou comprar blocos premoldados;

c) uma incorporadora imobiliária pode terceirizar os serviços de portaria, de segurança, de manutenção da piscina, de exploração do estacionamento, de restaurante etc.

4. Não se trata de uma questão de atividade meio ou de atividade fim, mas de saber se é bom para a lógica do negócio que determinadas atividades sejam prestadas por terceiros. Não é direito, é economia.

5. Esse modelo de produção flexível é hoje uma realidade em todo mundo e, em virtude da globalização de mercados, constitui um elemento essencial para a preservação da competitividade de todas as empresas. Tanto é assim, que a terceirização foi adotada por um conjunto extenso de países. É amplamente praticada nos Estados Unidos; na Alemanha; na Áustria, nos países escandinavos, na Espanha e no Uruguai. É praticada *com limitações* semelhantes às que devem vigorar no Brasil: na França, no Reino Unido, na Itália, no Chile, na Argentina, no México, na Colômbia, no Peru e em diversos outros países da América Latina.

6. Esse é o contexto em que se debate a terceirização. Ela é muito mais do que uma forma de reduzir custos: é uma estratégia de produção **imprescindível para a sobrevivência e competitividade de muitas empresas brasileiras, cujos empregos queremos preservar.**

III. ENFRENTANDO ALGUNS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À TERCEIRIZAÇÃO

Como demonstrarei a seguir, os argumentos invocados contra a constitucionalidade da terceirização indicam que **o problema não está no instituto em si, mas sim em sua contratação abusiva.** Vejamos:

1. Quanto à alegação de que visa tão-somente à redução do custo da mão de obra. Embora a redução do custo do trabalho possa ser um objetivo legítimo de uma empresa, a terceirização pode se justificar também com a finalidade de: a) aumentar a qualidade, através da contratação externa de serviços

que não constituem o diferencial da empresa e que são prestados com maior eficiência por terceiros; b) ampliar a capacidade produtiva para atender a aumento temporário de demanda; c) possibilitar acesso a mão de obra qualificada e tecnologia não dominada pela empresa; d) desenvolver atividades que demandam conhecimento especializado e capacidade de atração de profissionais de ponta. Terceirizar não necessariamente implica reduzir custo, mas sim buscar maior eficiência. Nos serviços de tecnologia, por exemplo, a terceirização muitas vezes ocorre com aumento de custo, mas gera resultados positivos que superam tal aumento e, por isso, o justificam.

2. Quanto à alegação de precarização da relação de emprego e de submissão dos terceirizados a condições adversas de saúde e segurança. O problema é mais retórico do que real e pode ser contornado com providências simples: a) com a exigência de que a empresa contratante se certifique das condições econômicas e jurídicas da empresa contratada; b) com a equiparação de condições de saúde e segurança dos empregados terceirizados às condições dos empregados da contratante, quando prestarem serviços nas instalações desta; e c) com responsabilidade subsidiária da contratante em caso de descumprimento de normas trabalhistas e previdenciárias. Eventuais abusos devem ser evitados por normas que produzam os incentivos corretos e não pela proibição de uma prática que é fundamental para a competitividade das empresas.

3. Quanto à alegação de alta rotatividade no emprego e de sobrecarga dos sistemas de previdência e assistência social. Flutuações de emprego decorrem de variações de mercado, da economia e da produção. As empresas contratadas na terceirização empregam por prazo indeterminado e se sujeitam a encargos trabalhistas e previdenciários, inclusive em caso de rescisão do contrato de trabalho. Além disso, quando há redução de demanda por mão de obra em um setor específico, a empresa contratada poderá eventualmente alocar a mão de obra em outro setor, possibilidade mais remota na contratação direta.

Ex. Recentemente, no aeroporto de Guarulhos, um funcionário que me atendia me disse o seguinte: ia ser despedido da cia aérea em que trabalhava, que

estava em dificuldades. Mas uma empresa terceirizada o contratou e agora ele atende a diversas empresas, na medida da demanda de cada uma. A terceirização preservou o seu emprego.

4. Quanto ao oferecimento de salários e benefícios inferiores. Há considerável divergência entre os estudos sobre a diferença de benefícios oferecidos. A CUT e outros *amici curiae* falam que se percebe, em média, remuneração 24% inferior na terceirização. Entretanto, segundo o IPEA, a diferença cai para 12%, quando se levam em conta fatores como gênero e escolaridade, que infelizmente impactam sobre salário. Ainda segundo o IPEA, a diferença salarial é inferior a 3% quando um mesmo indivíduo muda de tipo de vínculo, mas se mantém na atividade. Há, portanto, indícios de que a terceirização tem empregado mão de obra que tem mais dificuldade de acesso ao mercado – o que é positivo – e que as diferenças de remuneração têm justificativas para além da natureza do vínculo.

Ainda segundo o IPEA, entre 2007 e 2012, cerca de 8% dos trabalhadores que eram terceirizados em um dado ano assumiram uma condição de contratação direta no ano seguinte, e, por outro lado, pouco mais de 2,4% dos contratados diretamente tornaram-se terceirizados no ano subsequente. É evidente, contudo, que não se pode pretender que empresas distintas (contratante e contratada), com condições econômicas e objetos diversos, paguem os mesmos benefícios, o que implicaria no desaparecimento das empresas menores e dos postos por elas gerados.

5. Uma contradição fundamental: a terceirização de atividade-fim viola a dignidade humana, mas a terceirização da atividade-meio não? Se o problema relacionado à terceirização, como alegado, fosse efetivamente o risco de precarização, esse risco existiria para todo tipo de atividade e, assim, tanto para a terceirização de atividade-fim, quanto para a terceirização de atividade-meio. Por que, então, a primeira não seria possível e a segunda seria legítima? Acaso o valor social do trabalho e a dignidade humana tem maior peso na primeira do que na

segunda?? Não há qualquer racionalidade na diferenciação entre os dois tipos de atividade com o propósito de limitar a possibilidade da terceirização. Esses elementos demonstram que terceirização não pode ser necessariamente associada à precarização da relação de emprego e que a resistência a ela assume contornos verdadeiramente ideológicos.

III. A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO

As amplas restrições à terceirização, previstas no conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre o tema violam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica, além de não terem respaldo legal. É o que se demonstra a seguir.

1. Violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Esses princípios asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e para o desenvolvimento de estratégias de produção que lhes assegurem melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda implícita ou explicitamente a terceirização.

2. Violação ao princípio da segurança jurídica.

A interpretação conferida pela Justiça do Trabalho a seus precedentes em matéria de terceirização – em especial à Súmula 331 do TST – não foi capaz de criar uma situação de segurança jurídica acerca das hipóteses em que a terceirização é lícita. Tais decisões, tomadas a partir de interpretações de conceitos jurídicos indeterminados como “atividade-fim”, “atividade-meio” e “atividades essenciais” ao negócio, têm ensejado decisões surpreendentes, acerca da incidência dessas categorias, e conflitantes com outras decisões proferidas em casos semelhantes, disso resultando um tratamento anti-isonômico entre jurisdicionados em situação idêntica. Tal estado de coisas indica, ainda, que a jurisprudência não tem desempenhado as funções essenciais

de promover a *segurança jurídica*, o *tratamento isonômico* entre os jurisdicionados e a *redução da litigiosidade*. Trata-se, portanto, de hipótese clássica justificadora da sua superação.

3. Falta de respaldo legal para as amplas restrições à terceirização.

Diante das considerações acima, não subsiste qualquer fundamento que possa justificar a restrição à terceirização, tal como praticada pela Justiça do Trabalho. Ainda que se pudesse reconhecer, como alegam alguns, que a CLT (art. 2º e 3º) prevê que a relação trabalhista deve ser uma relação bilateral, proscrevendo relações triangulares, como supostamente ocorreria na terceirização, tal fundamento não estaria presente.

É que não há na terceirização uma relação triangular. Há duas relações bilaterais: (a) a primeira, de natureza civil, consubstanciada em um contrato de prestação de serviços, celebrado entre a contratante e a empresa terceirizada, denominada contratada; (b) a segunda, de natureza trabalhista, caracterizada por uma relação de emprego, entre a contratada e o empregado. Na última contratação, há típica relação trabalhista bilateral e incidência do direito do trabalho. De resto, ao particular é autorizado tudo aquilo que não lhe for expressamente vedado por lei (CF/1988, art. 5º, II). Portanto, **se não há norma vedando a terceirização, esta não pode ser banida como estratégia negocial.**

IV. LIMITES CONSTITUCIONAIS À TERCEIRIZAÇÃO

1. Como já observado, a atuação desvirtuada de algumas terceirizadas não deve ensejar o banimento do instituto da terceirização. Entretanto, a tentativa de utilizá-lo abusivamente, como mecanismo de burla de direitos assegurados aos trabalhadores, tem de ser coibida. Essa é a condição e o limite para que se possa efetivar qualquer contratação terceirizada. **Os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador.**

2. Justamente por isso se podem inferir, diretamente da Constituição, os seguintes limites: (i) a contratante deverá certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato com todas as obrigações, inclusive de cunho trabalhista e previdenciário, que dele decorrem, por meio da verificação da sua capacidade econômica; (ii) deverá fornecer diretamente, aos empregados terceirizados, equipamentos, treinamento e adequadas condições de saúde, higiene e segurança no trabalho, sempre que a prestação do serviço se der em suas instalações; e (iii) **assumirá a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada deixe de honrar quaisquer dessas obrigações** (desde que tenha participado na relação processual em que ocorrer a condenação e que conste do título judicial), tal como já ocorre hoje, em razão do que prevê a Súmula 331 do TST.

3. **Em nenhuma hipótese, contudo, se verificará a ocorrência de vínculo de emprego direto entre a contratante e o trabalhador da contratada, resolvendo-se eventuais intercorrências no campo da responsabilidade subsidiária da contratante.**

4. Essas considerações, como já observado, derivam diretamente da Constituição e do sistema que estabeleceu em matéria trabalhista, que impedem que o ganho de eficiência empresarial ocorra em detrimento da garantia de um patamar civilizatório mínimo ao trabalhador. Encontram-se, ademais, em consonância com as normas sobre terceirização que posteriormente foram explicitadas pelo próprio Legislador, por meio das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, circunstância que tão somente confirma a validade dos parâmetros aqui propostos.

V. CONCLUSÃO

Diante do exposto, tendo em conta, de um lado, os princípios da livre iniciativa (art. 170) e da livre concorrência (art. 170, IV), que autorizam a terceirização, e, do outro lado, a dignidade humana do trabalhador (art. 1º), os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição (i.e. art. 7º), o direito de acesso

do trabalhador à previdência social, à proteção à saúde e à segurança no trabalho, firmo o entendimento de que: *“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: i) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; bem como ii) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993”*.