

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

**A LEGALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E DA ATIVIDADE
IRRESTRITA: UMA SOLUÇÃO A INSEGURANÇA JURÍDICA, A
EFETIVIDADE DA LIVRE INICIATIVA E AO DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO EMPRESARIAL?**

***THE LEGISLATION OF THIRD PARTY AND IRRESTRIAL ACTIVITY:
A SOLUTION TO LEGAL INSECURITY, THE EFFECTIVENESS OF
FREE INITIATIVE AND ECONOMIC DEVELOPMENT***

LUIZ EDUARDO GUNTHER

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Magistrado do Trabalho em Segundo Grau. Professor na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor permanente do programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA.

SORAIA PAULINO MARCHI BARBOSA

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera/UNIDERP (2015). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (2014); Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE (2011). Advogada Trabalhista.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

RESUMO

O presente artigo trata da atividade de terceirização como ferramenta para o desenvolvimento econômico da empresa. O estudo tem como objetivo analisar a normatização da terceirização esculpida na Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 sob o viés da segurança jurídica das empresas e da livre iniciativa. Para tanto, primeiramente, busca-se uma compreensão conceitual do instituto em apreço e sua construção jurisprudencial no cenário jurídico brasileiro. Posteriormente, traça-se um panorama sobre as desvantagens e vantagens econômicas da normatização da terceirização na ordem economia empresarial. Por fim, faz-se uma abordagem acerca dos questionamentos já apresentados perante o Supremo Tribunal Federal quanto as (in)constitucionalidades apontadas nas Leis nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, para, posteriormente, analisar, de forma comparativa, a época anterior a vigências das referidas leis, se as soluções almejadas com a legalização dessa atividade foram alcançadas pelas empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; Legalidade; Livre Iniciativa; Insegurança Jurídica; Desenvolvimento Econômico.

ABSTRACT

This article deals with the outsourcing activity as a tool for the economic development of the company. The study aims to analyze the standardization of outsourcing carved in Laws 13,429 / 2017 and Law 13,467 / 2017 under the bias of legal security and free initiative. To do so, first, we seek a conceptual understanding of the institute under consideration and its jurisprudential construction in the Brazilian legal scenario. Subsequently, an overview is presented on the disadvantages and economic advantages of the normalization of this activity in the order of business economics. Finally, an approach is made to the questions already raised before the Federal Supreme Court regarding the (in) constitutional provisions set forth in Laws 13,429 /

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

2017 and Law 13467/2017, in order to analyze, in a comparative manner, legislation, if the solutions claims with the legalization of this activity were reached by the business scope.

KEYWORDS: Outsourcing; Legality; Free Initiative; Juridical insecurity; Economic development.

INTRODUÇÃO

O trabalho terceirizado é parte integrante da economia moderna. A terceirização, como processo e técnica e gestão administrativa e operacional, muito comum em países industrialmente competitivos, originou-se nos Estados Unidos, depois da eclosão da Segunda Guerra Mundial¹.

O exemplo estrangeiro foi inserido no Brasil num período em que o mercado estava cada vez mais restrito e com isso as oportunidades diminuía. Isso fez com que fosse necessário encontrar novas abordagens, buscando a minimização de perdas, o favorecimento da economia de mercado, otimização dos serviços e aumento da competitividade.

Todavia, durante algumas décadas a atividade de terceirização sofreu muitas limitações no nosso ordenamento jurídico, sendo esta alicerçada apenas por jurisprudência trabalhista (Súmula 331 do TST), que, por sua vez, ante suas incertezas de conceito, e diante de posicionamentos diversos em decisões judiciais, causou ao empresariado um sentimento de imprevisibilidade, acompanhado da insegurança jurídica.

¹ Este processo nasceu durante a Segunda Guerra Mundial, quando fabricantes de armamentos, pela grande demanda de armas neste período, precisavam concentrar seus esforços exclusivamente no desenvolvimento e produção de armas, e, assim, a solução encontrada foi contratar empresas prestadoras de serviço para realizar qualquer atividade que fugisse destes escopos da indústria bélica. (AFONSO, 2017)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Ainda, neste contexto, a normativa jurídica da terceirização colocou restrições às empresas no tocante a sua liberdade de contratar, limitando o regime apenas para as atividades consideradas não essenciais (meio).

Assim, ao longo dos anos, o empresariado clamou pela legalização da terceirização e, conseqüentemente, pela sua liberdade em poder contratar qualquer atividade que atendesse os seus interesses econômicos. A resposta legislativa somente foi atendida em 2017, com a publicação das Leis 13.329/2017 (BRASIL, 2017) e 13.467/2017 (BRASIL, 2017).

Indaga-se, diante do cenário atual, com a normatização da terceirização trabalhista e da sua atividade irrestrita, a insegurança jurídica dos empresários foi solucionada? Finalmente a empresa pode exercer sua liberdade de contratar assegurada pelos artigos 1º e 170 da Constituição Federal de 1988? Sob o viés da previsibilidade, esse avanço legislativo preservou a livre iniciativa e, conseqüentemente, poderá contribuir para a retomada do crescimento econômico? Vejamos.

2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é tida como fenômeno atrelado à reestruturação produtiva pós-fordista, que eclodiu mundialmente no final da década de 1970 e que chegou ao Brasil, de forma consistente, na década de 1980, sobretudo na reformulação da estrutura produtiva da indústria automobilística (DRUCK, 2016).

Exsurtiu, assim, em um contexto de escopo por flexibilidade, eficiência e maior competitividade das empresas num mundo globalizado.

Neste diapasão, Graça Druck entende a terceirização como “estratégia de gestão que, a um só tempo, busca atender às demandas por qualidade, competitividade e produtividade, fazendo-o por meio da redução de custos trabalhistas e precarização do trabalho (DRUCK, 1999).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

No mesmo sentido, o termo “terceirização”, sob a ótica técnica das relações empresariais, significa “direito de contratar terceiro para melhor atingir o objetivo social, tendo como escopo a redução de custos e ampliação dos benefícios da especialização, passando a empresa se concentrar em suas atividades essenciais” (DINIZ, 2005, p. 646).

Segundo Maurício Godinho, esse “neologismo (terceirização) foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial das atividades para outrem, um terceiro à empresa” (DELGADO, 2015, P.428).

Sob a ótica jurídica laboral, Alice de Barros Monteiro afirma que a terceirização é um modelo flexível de contrato de emprego (e contraposto a este) oriundo da necessidade empresarial em adaptar-se a um novo processo econômico competitivo de mercado (MONTEIRO, 2009, p. 452).

Nesse contexto, Arnaldo Sússekkind objetiva a flexibilização do trabalho como de propiciar a implementação de nova tecnologia ou novos métodos de trabalho, e bem assim, o de evitar a extinção de empresas, como evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas. Com a flexibilização, os sistemas legais preveem fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários (SÜSSEKIND, VIANNA, TEIXEIRA, 1999,).

Na seara da sociologia, o conceito de terceirização não muito difere, eis que é definida como “todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhista (MARCELINO, CAVALCANTE, 2012).

O conceito de Terceirização no âmbito da economia social do trabalho, considera esta atividade como sendo complexa, constituindo-se numa “forma de flexibilização das relações de trabalho, ao permitir um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho e na segurança do trabalho, assim como ao promover a

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

segmentação da representação sindical e ampliar a liberdade da empresa na alocação do trabalho” (KREIN, 2013).

A partir dessas formulações, acerca da terceirização, verifica-se que há identidade quanto ao núcleo conceitual nas esferas que abarcam o instituto em apreço, sendo o âmbito empresarial econômico o enfoque precípua do presente estudo.

3 MARCO INICIAL DA TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO PELA EMPRESA PRIVADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No setor privado no Brasil, a conformação da estrutura jurídica do fenômeno da terceirização propriamente dito, nos moldes estabelecidos pela nova ordem econômica mundial, a partir da década de 70, surge com a regulamentação do trabalho temporário, pela Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974).

Rompendo com a construção clássica do contrato de trabalho bilateral, a referida legislação autorizou que empresas colocassem à disposição de outras empresas, de forma temporária, trabalhadores, em situações específicas previstas no seu artigo 2º, qual seja, “para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (BRASIL, 1974).

Ainda, este novo regramento trouxe em seu bojo outras limitações para esta modalidade de contratação, em seus artigos 5º e 10, seja quanto à obrigatoriedade de credenciamento das empresas perante o Ministério do Trabalho e Emprego, seja quanto à limitação do prazo do contrato em três meses, respectivamente, (BRASIL, 1974).

A regulamentação do contrato temporário foi uma resposta à pressão criada pelo incremento de empresas de locação de mão de obra por prazo determinado (prestação de serviços ou empreitada), após a edição do Decreto-Lei nº 229/1967

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

(Brasil, 1967), o qual coibiu o uso abusivo dos contratos por prazo determinado, limitando a autorização para esta forma de contratação às hipóteses em que o objeto do contrato estivesse efetivamente delimitado no tempo, inserindo os parágrafos primeiro e segundo no artigo 403 do Decreto-Lei nº 5.452/1943 – Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil, 1943).

As primeiras atividades de terceirização previstas no ordenamento jurídico pátrio foram a do trabalho de vigilância patrimonial e do transporte de valores em instituições bancárias mediante a edição da Lei nº 7.102/1983 (BRASIL, 1983), no qual mais tarde foram ampliadas para além do âmbito bancário por meio da Lei nº 8.863/94 (BRASIL, 1994), que, por sua vez alterou aquela primeira.

Nesse contexto, tem-se que a terceirização, ao surgir como demanda do empresariado, recebeu gradativamente respostas do ordenamento jurídico, com limitações impostas pelo direito do trabalho e princípios constitucionais.

No tocante às terceirizações praticadas fora dos ditames estabelecidos pela legislação, portanto ilícitas, as respostas foram construídas ao longo do tempo pelo Poder Judiciário, com fulcro nos princípios basilares da seara laboral e constitucional, sendo este o objeto do tópico a seguir.

4 AS LIMITAÇÕES DA TERCEIRIZAÇÃO IMPOSTAS PELAS JURISPRUDENCIA E SUA INTERFERÊNCIA NA LIVRE INICIATIVA PRIVADA

Com o aprofundamento da terceirização no Brasil, especialmente a partir dos anos 70 e 80, o Poder Judiciário, açulado sobretudo pela indecisão do Poder Legislativo, se viu obrigado a produzir uma lógica interpretativa, para assegurar soluções aos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços, contratados de forma terceirizada, impondo algumas limitações acerca desta modalidade de contratação.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou, no ano de 1986, a Súmula 256², limitando a possibilidade de terceirização apenas àquelas já previstas legalmente, quais sejam, o trabalho temporário - Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974) e o serviço de vigilância - Lei 7.102/83 (BRASIL, 1983).

No decorrer dos anos houveram intensas pressões de segmentos empresariais, sobretudo o financeiro, quanto à legalização da terceirização.

Não obstante a isto, em meados de 1993 o Ministério Público do Trabalho postulou perante o TST a revisão da Súmula 256 (em razão de um inquérito civil público instaurado para investigar denúncia de uso pelo Banco do Brasil de mão de obra ilegal de digitadores), requerendo a ampliação das hipóteses de terceirização dentro da administração pública federal, também para o âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista (BIAVASCHI, 2011, p. 8), nos termos do Decreto-lei nº 200 de 1967 (BRASIL, 1967) e do artigo 3º, parágrafo único da Lei 5.645/1970 (BRASIL, 1970).

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho, realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo *Parquet*, elastecendo a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas também para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado fosse ligado a atividade meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento da Súmula 256 do TST (BRASIL, 2003), sendo publicada a Súmula 331³ (BRASIL, 2011) que, por sua vez, sintetizou a matéria da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

²Súmula 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (BRASIL, 2003).

³Súmula 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

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Ressalta-se que a Súmula 331 do TST foi editada em 21 de dezembro de 1993, constando no seu bojo os itens I, II e III – as quais dispõem sobre a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício - cuja base legal estava fulcrada na Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974), artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 7.102/83 (alterou a Lei do Contrato Temporário), respectivamente.

O item IV da referida Súmula, que, primeiramente, versava acerca da responsabilidade do tomador de serviços, mais tarde foi alterada, mediante a Resolução 96/00 (BRASIL/2000), para limitar a responsabilização dos entes públicos perante os contratos terceirizados.

Mais tarde, em 2011, novamente o item IV teve sua redação alterada mediante, a Resolução 174/2011, a qual também inseriu os itens V e VII no mesmo dispositivo, regulando a responsabilização do ente público e privado como tomadores de serviços pelos haveres trabalhistas não pagos durante o contrato de trabalho (BRASIL, 2011),

Assim, nesse contexto foi considerada válida a terceirização de serviços nas chamadas atividades-meio, ou seja, nas atividades secundárias, que não se relacionam com as atividades-fim da empresa. Todavia, se a terceirização envolvesse a atividade-fim da empresa, ela era considerada ilícita.

No tocante ao aspecto conceitual da atividade-meio e atividade-fim, como caracterizadora da (i)lícitude da terceirização da prestação de serviços, Maurício Godinho Delgado assim os lapidam respectivamente:

20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente 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 (BRASIL, 2011).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços". "Atividades-meio são aquelas fundações e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição do seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (DELGADO, 2015, p. 414).

É imperioso pontuar que, apesar de, grande parte da doutrina apresentar a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, referidas análises não são suficientes, devido à grande quantidade de atividade existentes que as empresas podem terceirizar.

Assim, mesmo após a edição da Súmula 331 do TST, ao longo dos anos, o Poder Judiciário vem delimitando, no caso concreto, se determinada função, desenvolvida pelo trabalhador no curso contratual, caracterizava-se como atividade-meio ou atividade-fim e se poderia ou não ser objeto de terceirização.

Desse modo, não obstante a Súmula 331 do C. TST trazer algumas limitações a respeito da terceirização trabalhista, a definição do que é atividade-meio e/ou atividade-fim e suas conseqüentes (i)licitudes no âmbito dos respectivos contratos, nunca deixaram de ser objeto de discussões nas Cortes Judiciárias do País.

Em que pese esta controvérsia, de qualquer forma, a construção jurisprudencial acabou por limitar o empresariado de terceirizar quaisquer atividades que entenderem viáveis ao desenvolvimento econômico da empresa, restringindo a

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

efetividade do princípio da livre iniciativa, que lhe é garantido como norma fundamental pela Constituição Federal em seus artigos 1^o e 170^o (BRASIL/1988).

O princípio da livre iniciativa é considerado como fundamento da ordem econômica e atribui à iniciativa privada o papel primordial na produção ou circulação de bens ou serviços, constituindo a base sobre a qual se constrói a ordem econômica.

A respeito do livre exercício da atividade econômica, salienta Eros Roberto Grau:

Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública (GRAU/2003).

Ainda, acerca da livre iniciativa privada, Jose Afonso da Silva discorre:

⁴ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL/1988).

⁵ 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; X - 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 (BRASIL/1988).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta no artigo 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei (SILVA/1994).

Assim, a partir da interpretação literal do artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988) é possível detalhar o conteúdo da livre iniciativa associada diretamente à propriedade privada, monopolizando, deste modo, a liberdade da empresa, de lucros e de contratar.

A liberdade de contratar envolve a faculdade de ser parte em um contrato, de escolher com quem realizar o contrato, de escolher o tipo do negócio a realizar, de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes e de poder acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (TAVARES/2003).

Nesse contexto, a limitação da atividade de terceirização, construída pela jurisprudência, mediante a edição da Súmula 331, interferiu muito na livre iniciativa (liberdade da empresa e liberdade de contratar), pois restringia a liberdade do empresário em terceirizar as atividades que entendem viáveis para a especialização e eficiência do seu trabalho, para gerar ganho de produtividade e desenvolvimento econômico.

5 A INSEGURANÇA JURÍDICA DO EMPRESARIADO QUANTO À TERCEIRIZAÇÃO LIMITADA – O APELO E A RESPOSTA A IRRESTRIÇÃO DA ATIVIDADE

O trabalho terceirizado é parte integrante da economia moderna. O descasamento entre a normatividade em vigor e as necessidades das diferentes realidades, a ausência de regras claras quanto às atividades que podem ser terceirizadas e, ao se decidir a partir de súmula, que pode ser interpretada de forma

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

diferente, criava um ambiente de insegurança jurídica para o empresariado, o que por sua vez podia reduzir a propensão de investimentos, barreiras ao crescimento da produtividade, com consequentes impactos negativos no desenvolvimento econômico e na geração de empregos.

A primeira tentativa de resposta ao apelo do empresariado, às mudanças da normatividade dos contratos de terceirização, foi observado pelo Poder Executivo e Legislativo - após sofrer muitas críticas por não regulamentar exaustiva e suficientemente a terceirização - com a apresentação dos Projetos de Lei PL nº 4.302/1998 (BRASIL, 1998) e PL 4.330/2004 (BRASIL, 2004), os quais, caminharam a passos morosos e acabaram sendo esquecidos na Casa Legislativa.

Diante deste cenário, e considerando que as relações de trabalho são determinantes nesse panorama, ao longo dos anos a sociedade empresária nunca deixou de clamar por uma reforma nas leis trabalhistas, com o objetivo de as modernizar e derrubar as barreiras de um regime legalista rígido e com pouco espaço para a negociação, em prol ao crescimento da produtividade.

Em 2012, a Confederação Nacional da Indústria decidiu aproveitar a sinalização dada pelo governo da época, quanto ao seu interesse em alterar a legislação trabalhista, para tentar impulsionar a economia e elaborou um conjunto de propostas para a modernização trabalhista.

O estudo foi apresentado ao setor industrial, em formato de cartilha intitulada “101 Propostas Para Modernização Trabalhista” (CNI/2012). Referido documento ilustrou os problemas que podem refletir em custos, burocracia, insegurança jurídica, restrições a produtividade, assim como as dificuldades para os trabalhadores e o Estado.

Ainda, a partir da análise dos problemas identificados, e com fulcro no desenvolvimento econômico, constou, no mesmo documento, uma construção de 101 propostas de solução⁶.

⁶ Esta proposta foi adotada como apoio para a definição das alterações constantes na Reforma Trabalhista ocorrida a partir de março de 2017, mediante a edição da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Dentre as questões apresentadas na referida análise, como sendo limitadores do desenvolvimento econômico empresarial, constou a terceirização trabalhista restrita às limitações impostas pela jurisprudência.

No referido documento, a problemática acerca do tema foi denominada como “irracionalidade”, e apresentada sob os seguintes argumentos:

Porém, diante do vácuo legal sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho, editou há mais de 10 anos a Súmula 331, que estabeleceu uma restrição à terceirização das atividades denominadas “meio”. À medida que este conceito foi colocado de forma permanente à prova, observou-se sua insuficiência como delimitador. A inexistência de uma conceituação e de possibilidade de verificação objetiva do que efetivamente seja atividade-meio e atividade-fim causa insegurança jurídica e uma série de transtornos às empresas, com fiscalizações e decisões judiciais extremamente discrepantes. [...] Assim, a terceirização é imprescindível na organização econômica moderna e deve ser regulamentada para dar segurança jurídica a todos” (CNI/2012).

De forma ilustrativa, foram assim apresentadas no estudo em comento, as consequências e soluções da terceirização:

Consequências do problema	Solução do problema e suas implicações
<p>Custos</p> <ul style="list-style-type: none">• A impossibilidade de terceiriza implica processos produtivos menos eficientes e mais onerosos. Além, disso, há formação de grandes passivos trabalhistas, na maioria, ocultos, decorrentes de decisões sem base legal que determinam equiparações.	<p>Proposta</p> <ul style="list-style-type: none">• Fixação de um marco legal conclusivo sobre o tema que determine a possibilidade de terceirizar qualquer tipo de atividade, mantendo as devidas proteções legais para trabalhadores terceirizados.
<p>Insegurança Jurídica</p> <ul style="list-style-type: none">• A ausência de regras claras expõe as empresas a elevados níveis de insegurança jurídica.	<p>Ganho esperado</p> <ul style="list-style-type: none">• Aumento de competitividade das empresas e mais proteção para os trabalhadores que participam das terceirizações como empregados diretos ou como contratados, com ampliação dos

13.467/2017, conforme afirmado pela Confederação dos Sindicatos no Fórum Sindical dos Trabalhadores (FST).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

investimentos produtivos e redução dos custos aos consumidores.

Restrições à produtividade/ inovação

• A opção pela terceirização é gerencial e, muitas vezes, as restrições impedem a empresa de formar uma rede de produção mais produtiva e eficiente.

Tabela 17.

Medida necessária/instrumento

• Projeto de lei regulamentando a terceirização (ver PL 4.330/2004 em tramitação no Congresso Nacional).

Como visto, o grande problema da terceirização era, para a Confederação Nacional da Indústria e empresários em geral, a Súmula 331 do TST, especificamente quanto a sua proibição de terceirizar atividades finalísticas, gerando insegurança jurídica aos empresários.

O Instituto Ludwig von Mises – Brasil (IMB), uma associação voltada à produção e à disseminação de estudos econômicos e de ciências sociais que promovem os princípios de livre mercado e uma sociedade livre, no decorrer dos anos, publicou artigos de economistas na defesa da legalização da terceirização irrestrita no país.

No artigo intitulado “Cinco Motivos Para Defender a Liberdade de se Terceirizar o Trabalho” (BOLINI/2016), o estudo apresenta uma análise empírica da atividade, mediante a utilização de dados gráficos, afirmando, em suas conclusões, que a terceirização combate o desemprego, reduz os contratos de trabalho informais, fomenta a contratação de grupos marginalizados, aumenta a especialização e produtividade e melhora a segurança jurídica, concluindo que:

A legalização da terceirização irrestrita é boa. Reduzindo o engessamento do mercado de trabalho brasileiro, quiçá o país consiga reduzir um pouco a sua taxa de desemprego e seus níveis de informalidade na economia. E a principal lição é: não adianta falar de boas intenções e bons sentimentos para com os trabalhadores e a economia enquanto, na prática, os efeitos das políticas defendidas são negativos” (BOLINI/2016).

⁷ Tabela Reproduzida. Cartilha “101 Propostas Para a Modernização Trabalhistas”. CNI/2012. p. 44)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Ainda, o artigo denominado “Terceirização? Sim, por favor. E obrigado” (DALBERTO/2016), traz uma análise a respeito das vantagens desta atividade sem limitações, bem como tece algumas críticas sobre posicionamentos contrários expostos na mídia e a estudos de entidades sindicais.

Quanto à importância de se terceirizar, o estudo em comento apresenta os seguintes argumentos:

A terceirização, portanto, é um meio de se buscar maior eficiência produtiva. Essa maior eficiência permite que as empresas possam ser bem-sucedidas e continuem a oferecer empregos, além de também elevarem a produtividade da mão-de-obra. E isso, por sua vez, é um dos fatores-chave para elevar os rendimentos do trabalhador. Quem está mais familiarizado com os dados da economia brasileira sabe, por exemplo, que um dos problemas crônicos do nosso país é a baixa produtividade da mão-de-obra. Garantir a liberdade para novos arranjos produtivos mais flexíveis, por meio da terceirização, é uma maneira de alcançar o aumento da produtividade que tanto nos faz falta. Mais ainda: garantir a liberdade de tais arranjos nada mais é do que garantir a liberdade de livre associação entre as partes; é garantir que acordos mutuamente consensuais possam ser realizados. E derrubar uma restrição a acordos voluntários é, por si só, benéfico. Sociedades mais justas, mais ricas e desenvolvidas são sociedades mais livres (DALBERTO/2016).

A conclusão apresentada no estudo é a defesa da atividade de terceirização no país como instrumento imprescindível para o desenvolvimento econômico, e conclui:

Permitir a terceirização nada mais é do que permitir que uma pessoa tenha maior liberdade para contratar outra pessoa para fazer um trabalho. Só isso. Qual exatamente seria um argumento racional e respeitável contra esse acordo voluntário e livremente firmado entre duas partes? Por tudo isso, é imperativo diminuir as amarras que sufocam os negócios no Brasil. Somos um dos piores países em termos de ambientes de negócio graças ao emaranhado burocrático e ao excesso de espoliação estatal (DALBERTO/2016).

Todavia, em que pese o apelo do empresariado, com apoio de grande parte de economistas, ao longo dos anos, quanto à normatividade da terceirização, a resposta efetiva veio ser atendida somente em 2017, ocasião em que o atual governo, sob o argumento da viabilidade econômica, dado o momento de crise no país,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

resolveu fazê-lo, aprovando o Projeto de Lei nº 4.332/98 (paralisado desde 2008), o qual, transformou-se na Lei Ordinária nº 13.429, sancionada em 31 de março de 2017 (BRASIL, 2017).

O referido diploma legal, basicamente, delineou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/1974 (BRASIL 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, pois a nova legislação não deu contornos definitivos quanto a quais atividades as empresas poderiam terceirizar, concluindo-se que o regramento insculpido na Súmula 331 do TST foi mantido.

A resposta definitiva ao apelo do empresariado acerca da terceirização irrestrita veio após três meses da edição da Lei 13.429/2017 (BRASIL, 2017), com a edição da Lei nº 13.467/2017 (BRASIL/2017) intitulada “Lei da Reforma Trabalhista”.

Este segundo diploma legal foi além, introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo na Lei 6.019/74, consagrando, no artigo 4º-A⁸, do mesmo diploma legal (BRASIL, 1974), a terceirização em qualquer atividade da contratante (tomador de serviços), independentemente de ser ela essencial ou secundária, fim ou meio.

O apelo do empresariado a respeito da legalização dos trabalhos terceirizados, de forma irrestrita, para afastar a insegurança jurídica até então vivida, ante as limitações impostas pela Súmula 331 do TST foi finalmente atendido pelo governo, sendo este um dos caminhos destacados na “Reforma Trabalhista” para modernizar as regras laborais e amenizar a crise econômica que assola o Brasil.

⁸ Art. 4º- A Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (BRASIL, 2017).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Assim, a consequência da vontade patronal, nos dias atuais, é, então, a mais ampla possibilidade de terceirização. Pelo atual cenário legislativo, as empresas podem terceirizar qualquer atividade, seja ela meio ou fim.

6 A LEGALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E DA ATIVIDADE IRRESTRITA: SOLUÇÃO A INSEGURANÇA JURÍDICA, A LIBERDADE DE CONTRATAR E AO LIVRE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO EMPRESARIAL?

Alcançada a legalidade da terceirização trabalhista e a liberdade de contratar terceiros de forma irrestrita, as dúvidas que exsurtem no meio empresarial são: A partir de 11 novembro de 2017 (data que iniciou a vigência da Lei 13.467/2017), a insegurança jurídica do empresariado foi solucionada? A empresa alcançou a sua liberdade de contratar a atividade que melhor atenda os seus interesses produtivos e econômicos (meio ou principal) sem se preocupar com interpelações judiciais futuras?

Num primeiro momento, o que se observa, diante dos questionamentos já apresentados desde a publicação das Leis nº 13.4329/2017 (BRASIL,2017) e nº 13.467/2017 (BRASIL,2017), seja no âmbito científico, seja na esfera judicial é que, sob o viés da previsibilidade e da insegurança jurídica, o apelo do empresariado, neste momento, ainda não foi alcançado.

Em menos de sete meses da sua publicação, a Lei da Terceirização já foi (e ainda está sendo) objeto de inúmeros questionamentos, inclusive a respeito de sua inconstitucionalidade formal e material.

No tocante à irregularidade formal, a violação constitucional está relacionada a ilegalidade na tramitação do Projeto de Lei (PL) 4.302/1998 (BRASIL, 1998), que por sua vez, foi convertido na Lei nº 13.429/2017 (BRASIL, 2017).

Referido projeto foi proposto pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em 19 de março de 1998. Em dezembro de 2000, a proposição foi aprovada pela Câmara dos Deputados com emenda substitutiva, em regime de urgência. Em 17 de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

dezembro de 2002, a proposição foi distribuída à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Permaneceu em deliberação nas comissões até que, em 19 de agosto de 2003 o Presidente da República, solicitou a retirada do referido projeto, por meio de mensagem 389/2003. No dia 20 de agosto de 2003 o requerimento presidencial foi despachado pela Mesa Diretora, que determinou sua deliberação pelo Plenário.

Nos mais de treze anos que se seguiram até a votação conclusiva do projeto, o requerimento formulado pelo Presidente da República jamais foi submetido à deliberação do Plenário da Câmara.

Nesse período o projeto permaneceu nas comissões parlamentares e, em 2017 o projeto foi finalmente aprovado nas sessões extraordinárias de 22 e 23 de março de 2017.

O Projeto de Lei (PL) 4.302/1998 assim, foi aprovado há mais de 19 anos do início da sua tramitação e de 13 anos do pedido de retirada formulado pelo Presidente da República.

Neste contexto, a ausência de deliberação parlamentar acerca do requerimento de retirada do PL 4.302/98 (BRASIL, 1988) acarretou na inconstitucionalidade da Lei 13.429/2017 (BRASIL/2017) por vício formal, seja pela violação à norma constitucional de competência, que atribuiu a Presidência da República iniciativa legislativa (art. 61, caput)⁹, seja pela afronta ao regime da divisão funcional dos poderes (art. 2º)¹⁰.

Nesta senda, mandados de segurança foram impetrados por parlamentares (MS nº 34708, MS nº 34711, MS nº 34714 e MS nº 34719), questionando a tramitação do Projeto de Lei nº 4.302/98 e postulando a nulidade do processo legislativo. Todavia,

⁹ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição (BRASIL, 1998).

¹⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1998).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

acabaram sendo extintos por perda do objeto com a publicação da Lei 13.429/2017 (NELSON; NELSON/2017).

Hodiernamente, a controvérsia acerca das irregularidades formais da Lei 13.429/2017 ainda estão sendo objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, as quais podemos citar como exemplos, a ADI nº 5685 e ADI nº 5735, sendo a primeira proposta pela Rede Sustentabilidade e a segunda pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot.

Quanto ao aspecto material, dentre inúmeras irregularidades constitucionais relacionadas a Lei nº 13.429/2017 e a Lei nº 13.467/2017, está a “terceirização das atividades finalísticas”, tendo como principais fundamentos a violação à função social da empresa e a precarização dos direitos trabalhistas.

Como é cediço, a contratação de serviços terceirizados encontra fundamento constitucional no direito à liberdade contratual do empreendedor, como expressão dos princípios da livre iniciativa e da autonomia privada (art. 5º, II, c/c art. 170, II e IV)¹¹.

Para àqueles que, todavia, defendem a inconstitucionalidade material da terceirização irrestrita, esta forma de contratação implica na negação das funções sociais constitucionais da empresa e desfigura o valor social da livre iniciativa, em violação ao princípio fundamental da República consagrada no artigo 1º, IV da Constituição (DELGADO/2015).

¹¹ 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. 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: III - função social da propriedade (BRASIL, 1988).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

A função social da propriedade (art. 5º, XXIII)¹² constitui cláusula constitucional de condicionamento social da livre iniciativa, a qual, elevada a princípio da ordem econômica (art. 170, III)¹³, alveja a propriedade dos bens de produção.

Tal princípio se encontra densificado na regra do art. 186 da Constituição Federal, que, por sua vez, submete a propriedade rural à função social, como critério de exclusão de sua desapropriação por interesse social (art. 184)¹⁴ e exige, para tanto, observância das disposições que regulam as relações de trabalho (art. 184, parágrafo terceiro) e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 184, parágrafo quarto).

Referida exigência de conformação social-trabalhista da propriedade produtiva irradia-se, como princípio, para qualquer empreendimento econômico, na medida em que, no artigo 7º, *caput*, a Constituição destina as disposições que regulam as relações de trabalho aos trabalhadores urbanos e rurais.

Sob o viés da inconstitucionalidade material, a terceirização radicalizada da atividade-fim enseja a figura da empresa sem empregados e, esse modelo de organização empresária, nega à empresa a função social promotora de emprego socialmente protegido e afronta bens de valores constitucionais de primeira grandeza, tais como, inclusão de pessoa com deficiência no mercado de trabalho (art. 24, XIV

¹² 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: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988).

¹³ 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: III - função social da propriedade (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (BRASIL, 1988).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

da CF)¹⁵, inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho (art. 227 da CF)¹⁶ como mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização.

Empresa vazia de empregados também a isenta de importantes programas sociais com assento constitucional, como o programa salário-educação (art. 212, §5º da CF)¹⁷ que custeia a educação básica, o salário-família (art. 7º, XII)¹⁸ e o Programa De Integração Social, que financia o seguro-desemprego (art. 239)¹⁹. A radical redução de custo da mão de obra imposta pela subcontratação de serviços afasta investimento em formação profissional dos trabalhadores e inviabiliza o incentivo a produtividade por participação deles nos ganhos econômicos do seu trabalho, pois estes passam a integrar a estreita margem de lucro da prestadora de serviços.

Ao fragmentar institucionalmente a empresa, e destituir o trabalhador do espaço de desenvolvimento pessoal e profissional, até na atividade finalística da organização, a terceirização irrestrita reduz a livre iniciativa a expressão de lucro como fim em si, no interesse individual do empreendedor (DELGADO/2015).

¹⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1998).

¹⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998)

¹⁷ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei (BRASIL, 1998).

¹⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (BRASIL, 1998).

¹⁹ Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo (BRASIL, 1998)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Essa expressão empresarial individualista viola o primado republicano que proclama o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV)²⁰ e enseja profundo desequilíbrio na relação de forças entre o capital e o trabalho, em prejuízo do projeto constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I)²¹.

Ainda, a inconstitucionalidade material da Lei nº 13.429/2017 (BRASIL/2017) e da Lei nº 13.467/2017 (BRASIL/2017) é fundamentada sob o viés da precarização dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados.

Não é possível que a ordem jurídica estabeleça a relação de emprego como regra geral da vinculação entre o capital e o trabalho e se permita, ao mesmo tempo, que a relação de emprego não seja esse mecanismo de vinculação do capital ao trabalho, vendo-o tão somente como o efeito de um ajuste de vontades, que possibilita ao capital se distanciar quando queira do trabalho pela contratação de entes interpostos (MAIOR/2017).

Nesse contexto, o Direito do Trabalho deve ser utilizado como ferramenta de limite jurídico à racionalidade econômica, de forma a impedir que o capital se maximize, assim como o mercado se expande de forma que desconsidera a pessoa do trabalhador, despersonalizando-o e, conseqüentemente, “coisificando-o”. Não se pode conceber, então, o direito unicamente como forma de maximizar os lucros das entidades privadas, mas, sim, como gerador de expectativas de direito a um mínimo existencial para o trabalhador (NELSON; NELSON, 2017).

Sob o viés da precarização, a terceirização de atividade finalística prevista na Lei 13.467/2017 (BRASIL/2017) tem vício material por incorrer em grave vício de proporcionalidade, pois autoriza a liberdade absoluta de contratar sem que haja proteção dos direitos dos trabalhadores de forma nivelada àquela.

²⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL,1998).

²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL,1998)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Com exceção da responsabilidade atribuída à empresa contratante por medidas de segurança, higiene, e salubridade dos trabalhadores (Lei 13.429/2017, artigo 5º-A, §3º)²² e da responsabilidade subsidiária pela satisfação das obrigações trabalhistas da empresa contratada (Lei 13.429/2017, artigo 5º-A, §5º)²³, a lei em comento não oferece outra medida compensatória da perda de eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados.

Sobre a ótica da precarização do trabalho, ainda, a lei não garante isonomia de direitos (art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal)²⁴ entre trabalhadores terceirizados e empregados da contratante que exerçam idênticas funções; não garante aplicação aos terceirizados das normas coletivas da empresa contratante; não exige da contratada garantida contratual proporcional ao valor do contrato para fazer face ao adimplemento de direitos trabalhistas; não exige da contratante fiscalizar o cumprimento obrigações trabalhistas; não autoriza interrupção de serviços pela contratante em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pela contratada; não garante aos terceirizados as mesmas condições de trabalho oferecidas ao empregados da tomadora quanto a alimentação, transporte, atendimento médico etc. (no art. 5º-A, § 4º)²⁵, a Lei 13.429/2017 apenas faculta à contratante extensão desses benefícios aos trabalhadores terceirizados); não obriga a contratante a reter crédito contratual para pagamento direto de direitos aos empregados terceirizados, em caso de inadimplemento pela prestadora, entre outras garantias dessa natureza;

²² Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato (BRASIL, 2017).

²³ § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 2017).

²⁴ 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1998)

²⁵ Art. 5º - A. §4º. A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado (BRASIL, 2017).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

não veda terceirização voltada a fraudar cumprimento de funções sociais da empresa tomadora, como a contratação de pessoas com deficiência.

Por fim, no contexto do vício material está a autorização de subcontratar as mesmas atividades que a contratada exerce (art. 4º-A, §1º)²⁶, tornando mais precária a proteção social do empregado, ao distanciá-lo da atividade econômica beneficiária de sua força de trabalho mediante a chamada “quarteirização”.

Com os fundamentos acima, Ações Direta de Inconstitucionalidade foram ajuizadas questionando o vício material da atividade de terceirização finalística que exsurgiu com o advento da Lei nº 13.429/2017 (BRASIL/2017) e Lei nº 13.467/2017 (BRASIL/2017). Exemplos desta afirmação são as ADI's nº 5686²⁷ e nº 5687²⁸, que por sua vez, ainda pendem de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Consoante se observa, em que pese longos anos de anomia em que o regime da terceirização ficou alicerçado apenas na Súmula 331 do TST, sob a ótica da previsibilidade e da insegurança jurídica, o cenário jurídico atual nada mudou para o empresário após a legalização da “Terceirização Trabalhista”.

Não obstante a lei da terceirização irrestrita estar em pleno vigor, a insegurança jurídica ainda permanece com toda sua essência em razão dos inúmeros questionamentos que estão sendo levantados acerca da sua in(constitucionalidade).

A normatização da terceirização e a liberdade de contratar qualquer atividade (meio ou finalística) foi o primeiro passo na modernização da arcaica legislação trabalhista brasileira, que emperra o crescimento da economia. Esse tipo de gestão da produção, extremamente necessária e adequada aos tempos atuais, de crescente especialização, é uma realidade no mundo inteiro, em todas as cadeias produtivas.

Todavia, o “cântico de vitória”, após a sua regulamentação, não pode ainda ser ouvido, pois as empresas estão submetidas à indesejável insegurança jurídica,

²⁶ 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.

²⁷ Ação ajuizada por Confederação Nacional das Profissões Liberais, Partidos Políticos e Partido Comunista do Brasil, de autoria do Partido dos Trabalhadores.

²⁸ Autoria do Partido dos Trabalhadores e do Partido Comunista do Brasil.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

que dificulta investimentos e, em consequência, coloca o país na contramão das oportunidades da economia globalizada.

CONCLUSÃO

A busca pela segurança jurídica e pelo ganho de competitividade para o setor produtivo brasileiro, mediante a legalização da terceirização, e da sua atividade irrestrita, foram objetos de busca pelo setor empresarial aos longos de décadas.

Diante do atual cenário que o Brasil vem atravessando, a edição das Leis nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017 tiveram como seus principais pilares a preservação da livre iniciativa empresarial e retomada do crescimento econômico do País.

Diante do estudo realizado, todavia, verificou-se que, em que pese a terceirização e a atividade irrestrita ter sido normatizada mediante as Leis nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, a insegurança jurídica ainda está presente no meio empresarial, tem razão dos inúmeros questionamentos que estão sendo apresentados acerca das suas (in)constitucionalidades perante o Poder Judiciário.

Para tanto, abordou-se, primeiramente, os aspectos conceituais da terceirização, seu surgimento e conexão com o desenvolvimento econômico, bem como sua a construção normativa e limitações.

Posteriormente, foi analisado as desvantagens da realidade normativa da terceirização (Súmula 331 do TST) e seus impactos no desenvolvimento econômico empresarial, bem como as vantagens da legalização do regime e sua atividade irrestrita sob o viés da segurança jurídica e da liberdade de contratar (livre iniciativa).

Por fim, demonstrou-se o caminho do avanço legislativo sobre o tema, que por sua vez, culminou na edição das Leis 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017 como resposta ao apelo empresarial e econômico.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

No tocante as Leis da Terceirização, ainda, foi sopesado alguns questionamentos normativos que estão sendo discutidos perante o Supremo Tribunal Federal sob o viés da (in)constitucionalidade.

Assim, concluiu-se que, em que pese hodiernamente exista no ordenamento jurídico pátrio uma Lei regendo o instituto da terceirização autorizando a contratação de qualquer atividade (fim ou meio), nada mudou no cenário empresarial quanto ao aspecto da insegurança jurídica, mantendo-se a fragmentação da estrutura produtiva da economia.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Sylvio César. **O impacto da terceirização na arrecadação**. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-impacto-da-terceirizacao-na-arrecadacao/>> Acesso em 24 Jan. 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BIAVASCHI, Magda Barros, DROPPA, Alisson. Dossiê: Classes e Transformações no Mundo do Trabalho. **A História da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: A Alteração na Forma de Compreender a Terceirização**, 2011. Disponível em <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2017.

BOLINI, André; **Cinco Motivos para Defender a Liberdade de se terceirizar o Trabalho**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2655>>. Acesso em: 18.01.2018

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 200** de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

_____. **Decreto-Lei nº 229** de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm> Acesso em 16 jan. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452** de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 6.019** de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Lei nº 7.102** de 20 de junho de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.666** de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.429** de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.467** de 13 julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> Acesso em 02 dez.2017.

_____. **Súmula nº 331**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em 02 dez. 2017.

_____. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei nº 4.302/1998**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>>. Acesso em:22 Jan. 2018

_____. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei nº 4.330/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em:22 Jan. 2018

CALDEIRA, João Paulo. **Para os Sindicatos, governo adotou propostas da CNI para reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/para->

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

sindicatos-governo-adotou-proposta-da-cni-para-reforma-trabalhista> Acesso em 17 jan. 2018.

CNI, Confederação Nacional da Indústria. **101 Propostas para Modernização Trabalhista.** Coord. Emerso Casali. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2013/2/101-propostas-para-modernizacao-trabalhista/>> Brasília: 2012.

DALBERTO, Ricardo Cassiano. **Terceirização?** Sim, por favor. E obrigado. Disponível em <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2076>>. Acesso: 18 Jan. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho,** 5ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho, DELGADO, Gabriela Neves Delgado. **A Reforma Trabalhista no Brasil com Comentários à Lei N. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** v. 4, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DRUCK, Graça. A indissociabilidade entre precarização social do trabalho e terceirização. In: **Precarização e Terceirização: faces da mesma realidade.** TEIXEIRA, Marilane; RODRIGUES, Hélio; COELHO, Eliane D'ávila (Orgs.). São Paulo: Sindicato dos Químicos, 2016. p.35-58 GIRARDI, ob. cit..12 DRUCK, Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica; um estudo do complexo petroquímico.** São Paulo: Bomtempo, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A CLT de Temer & CIA. LTDA. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.** Reforma Trabalhista II. V. 7 – nº 62. Disponível em<: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468>> Acesso em: 21 Jan. 2018.

MARCELINO, Paula e CAVALCANTE, Sávio. **Por uma definição de terceirização.** Cad. CRH [online]. 2012, vol. 25, n.65 [cited 2016-11-02], p.331-346. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792012000200010&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 23.01.2018.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

MOURA, Francisco Ercílio; PRAXEDES, Antônio Torquillo. A terceirização como fator de desigualdade formal entre trabalhadores e como mecanismo de fragilização da relação de emprego. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 4, n. 41 (2015).

NELSON, Rocco, A. Rangel Rosso. NELSON, Natasha Rangel Rosso. Da Precarização da Relação do Trabalho Por Meio da Terceirização – Violação do Mínimo Existencial Social, **Revista LTR**, Vol. 81. Nº 08. São Paulo: LTR, 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1, 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003. p. 249.