

A CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE FIM DA EMPRESA

Rafael Handerson da Silva Santana¹, Sâmella Ribeiro Caetano¹, Sander Martinelli²

RESUMO

O presente artigo tem o escopo de tratar sobre a constitucionalidade do instituto da terceirização, como reflexo do fundamento constitucional da livre iniciativa, em razão da vedação imposta ao instituto pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e pelas alterações na lei 6.019/1974, lei de trabalho temporário, imposta pelas leis 13.429/2017 e 13.469/2017 que regulamentaram o tema da terceirização, mas que são objeto de Ações questionando a constitucionalidade perante Suprema Corte Brasileira. A abordagem inicia-se com o nascimento e evolução do direito do trabalho, passando à evolução jurídica das normas que tratam sobre a terceirização, chegando à ordem econômica com seus princípios e fundamentos constitucionais. Por fim buscamos compreender a compatibilidade da terceirização com os princípios e valores constitucionais presentes na Carta Política de 1988.

Palavras-chaves: Terceirização. Atividade fim. Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

As transformações, ocorridas nas últimas cinco décadas, têm mudado o cenário mundial e em especial o econômico; evoluções tecnológicas derrubaram barreiras antes tidas como intransponíveis. Nesse palco, a terceirização surgiu como uma forma de organização empresarial em função da evolução da sociedade e dos avanços tecnológicos que tornam a economia globalizada, acirrando o mercado competitivo. Nesse contexto de constante evolução do mercado é preciso novas técnicas de organização empresarial para responder às demandas desse, devendo o Estado se manter inerte em relação ao mercado econômico, só intervindo na Ordem Econômica nas hipóteses prevista no texto maior.

A problemática deste trabalho reside na questão constitucional da autonomia empresarial frente à ingerência do Estado na propriedade privada, essa intromissão do Estado se deu através da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que veda a terceirização fora das hipóteses previstas em seu verbete, numa clara violação dos

¹ Direito, Instituto Educacional de Santa Catarina – Faculdade Guarai – IESC/FAG. Guarai-Tocantins

1 Direito, Instituto Educacional de Santa Catarina – Faculdade Guarai – IESC/FAG. Guarai-Tocantins

2 Professor especialista, graduado em Direito e pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Católica Dom Orione; doutorando em Direito (área de concentração Direito Processual Penal) pela Universidade Argentina John F. Kennedy (Bueno Aires), E-mail: sander.martinelli@hotmail.com

valores fundamentais da Constituição da República, atentando contra o princípio da legalidade, contra o fundamento republicano da livre iniciativa, contra a tutela da propriedade privada e desrespeitando a separação de poderes por se tratar de verbete dotado de generalidade e abstração, não amparado nas exceções ao princípio da separação dos poderes da república. Em que pese à edição das Leis nº 13. 429/2017 e 13. 469/2017, que se prestou a regular o tema da terceirização, a corte Superior Trabalhista não cancelou seu enunciado, conforme Resolução nº 220 de 18/09/2017, além de que foram impetradas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal questionando as leis que trataram sobre o tema da terceirização (ADI nº 5.695, ADI nº 5.685, ADI nº 5.686 e ADI nº 5687).

Nesse contexto, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a compatibilidade do instituto da terceirização com a principiologia presente na Constituição Federal de 1988, corroborando a compatibilidade do instituto com a atual carta política 1988.

O desenvolvimento do trabalho se dará pelo método hipotético-dedutivo do qual se valerá da leitura de doutrina, artigos e periódicos de autores do seara trabalhista e constitucional; assim como da análise de julgados da Suprema Corte Brasileira e entendimento do Tribunal Superior de Trabalho.

A primeira parte do trabalho abordará a desenvolvimento histórico do ramo trabalhista no mundo e em âmbito nacional. A segunda parte dedicar-se-á à terceirização como instituto jurídico e como é tratada pelo ordenamento brasileiro demonstrando sua evolução jurídica.

No terceiro fragmento olhar-se-á a respeito dos valores constitucionais da valorização social da livre iniciativa e do trabalho na carta maior, seus princípios constitucionais da liberdade, legalidade e garantia da propriedade privada e sua função social. Por fim, na quarta e conclusiva parte apurar-se-á a compatibilidade do instituto com os princípios e valores fundamentais da Constituição Federal de 1988.

BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O termo trabalho tem sua origem no latim, *tripaliare*, que significa instrumento de tortura. O cerne do Direito do Trabalho é a existência de relação empregatícia, que é permeada pela subordinação e trabalho livre.

Na antiguidade predominava a presença do trabalho escravo, que era objeto do seu senhor; com o desenvolvimento da sociedade antiga surgiram novas relações sociais como arrendamento de mão de obra escrava ou de homens livres sem recursos, essas relações eram regidas por normas de locação de serviço, as *locatio conductio*. Contudo, se tratava de exceção. Na Idade Média também há inúmeras normas jurídicas cuidando do trabalho dos servos, entretanto é a partir do século X que surgiu às corporações de ofícios que são responsáveis pela fabricação de produtos manufaturados e é composta por artesões distribuídos de forma hierárquica. Regras e estatutos são criados pelas corporações para regulamentar tempo de aprendizagem, direitos dos mestres e aprendizes, retribuição pelo trabalho entre outros, BARROS (2016).

Mas é com a Revolução Industrial que o capitalismo eclodirá dando azo a uma nova relação jurídica, a relação empregatícia, que pavimentará o advento do ramo juslaboral como efeito do sistema capitalista de produção. Há um deslocamento do eixo econômico em que os meios de produção deixam as mãos do Estado e passam para o particular; a economia, até então, era preponderantemente

agrícola com os meios de produção em poder do monarca, do senhor feudal ou da Igreja; com o novo sistema, surgiu o industrial que é o proprietário da fábrica, do maquinário, da matéria-prima. Surgi também uma classe de trabalhadores que não é propriedade de nenhum senhor e que vai viver de vender a sua força de trabalho.

Simultaneamente às essas transformações no plano econômico, tem-se o advento de uma nova ideologia chamada liberalismo que traz inovações em três vertentes. Numa primeira vertente ele prega que o indivíduo é o centro da sociedade; em outra, rejeita os privilégios da nobreza firmando posição de que todos são livres e iguais. Por derradeiro, tem-se a ideia de que os indivíduos, pelas suas manifestações de vontade, vão regular suas relações jurídicas; é o *contratualismo*, as relações privadas serão reguladas por um instrumento particular chamado contrato individual, DELGADO (2016).

O Estado deverá cuidar das relações públicas, assim entendidas como o manejo da coisa pública, deixando as relações privadas ser guiada pela autônima privada das partes. Esses postulados serão aplicados em todas as relações jurídicas existentes naquele período, logo, será o instrumento aplicado às relações de trabalho do início do capitalismo, entendidas como relação privada sujeita a autonomia de vontade das partes. Nas três primeiras décadas do século XIX o contrato individual do trabalho vai ser o único instrumento jurídico de ajuste trabalhista. Toda essa transformação representou um grande avanço para a sociedade, entretanto apresentou contradições.

A igualdade formal não está no mesmo compasso com a igualdade real dentro da relação jurídica, não obstante as partes terem o mesmo tratamento dispensado pela lei, no plano real elas poderão estar em desigualdade. Isso se tornou evidente na relação jurídica entre o proprietário capitalista e o trabalhador livre assalariado, pois era presente a igualdade formal, mas cristalina a desigualdade material em função do trabalhador ter apenas da sua força de trabalho da qual dependia para sobrevivência à medida que o industrial era o dono do maquinário, do capital, da matéria-prima. Esse descompasso causou consequências graves, como exploração do trabalho humano, com jornadas extensas, exploração do trabalho infantil e das mulheres, inexistência de condições de segurança e higiene nos locais de trabalho e outras condições degradantes para labor humano.

Como reação à exploração do trabalho pelo capitalismo, os operários reúnem-se dando início às primeiras associações profissionais que reivindicarão melhorias nas relações de trabalho usando as paralisações coletivas como forma de pressão. Inicialmente esses movimentos serão considerados ilegais, pois vão de encontro com os postulados do individualismo, porém com o crescimento do associativismo os Estados começam a reconhecer a existência dos sindicatos, que defendem interesses metaindividuais através da ideia da vontade coletiva de determinada categoria. Dessa forma, com o nascimento dos sindicatos e com sedimentação do conceito de autonomia privada coletiva surgiu um novo instituto jurídico chamado de contrato coletivo do trabalho, DELGADO (2016).

O contrato coletivo do trabalho é a manifestação de vontade das partes, no entanto as partes não são indivíduos e sim grupos ou categorias, além de que as cláusulas do contrato coletivo são dotadas de generalidade e abstratividade tendo validade para as categorias envolvidas no contrato coletivo; são as partes criando a sua própria lei. Nas palavras de DELGADO (2016, p. 105):

Tal normatização — típico Direito autônomo em contraposição ao heterônomo estatal, ainda não surgido — constituía-se de ‘acordos coletivos, entre empregados e empregadores, entre sindicatos e grupos de empresas, entre sindicatos operários e sindicatos patronais; de regulamentos de empresa; de conciliação de greves e conflitos coletivos de trabalho; de estatutos sindicais; de atividades cooperativas, e assim por diante’. Óbvio que essa produção normativa autônoma, embora provocada, fundamentalmente, por um processo de organização e mobilização obreiras, evidenciava também a elaboração (consciente ou não) de uma estratégia empresarial alternativa, no sentido de assimilar e conferir instrumentos novos à gestão trabalhista interna ao sistema produtivo.

O Estado liberal que se conduzia como simples observador dos acontecimentos sociais passa a ter um caráter intervencionista, criando normas estatais de cunho humanitário para a proteção do trabalho dos menores e das mulheres, por força das pressões sociais (Igreja Católicas, Associações de trabalhadores), ideológicas (Marxismo, Comunismo). No final do século XX e início do século XXI tem-se a consolidação do Direito do Trabalho em suas duas vertentes, quais sejam, Direito Coletivo do Trabalho fruto da normatização autônoma e do Direito Individual do Trabalho. Institucionaliza-se o Direito do Trabalho nas Constituições Republicanas do México (1917) e da Alemanha (Weimar – 1919), bem como a criação da Organização Internacional do Trabalho, Tratado de Versalhes, organismo vinculado à Organização das Nações Unidas – ONU, DELGADO (2016).

Em âmbito nacional, até final do século XIX não há resquícios de Direito do Trabalho, sua economia era preponderantemente agrícola e de mineração com o uso de escravos como forma de mão-de-obra, o Brasil foi um dos últimos países a abandonar o regime escravagista, apenas em 1888.

Entre 1888 a 1900 tem-se a germinação da industrialização no país, tendo como principais centros os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro; é um período de incipiente movimento operário e sem poder de organização. Já nas três primeiras décadas do século XX o país assiste a uma estruturação do movimento sindical, fruto da classe operária que era formada preponderantemente por imigrantes europeus, gerando inúmeras normas autônomas (contratos coletivos de trabalho) protetivas para mulheres e crianças, dispondo sobre jornada, salário, caixas de assistência privada ao trabalhador e outras.

No plano político predominam os conceitos liberais de não intervenção estatal nas relações laborais, tem-se a edição de normas pontuais, mas sem cunho intervencionista. Nesse período prevalece o ajuste político conhecido como “*café com leite*” em que o poder político encontrava-se nas mãos das oligarquias rurais de São Paulo e Minas Gerais sem nenhuma vocação para intervir nas relações de trabalho. Com a chegada de Getúlio Vargas à presidência da República funda-se um Estado com grande poder de intervenção nas relações de trabalho que atuará em duas vertentes. Uma, bloqueará qualquer manifestação de criação de norma autônoma pelos movimentos operários (sindicatos); duas, produz-se uma detalhada legislação trabalhista em que o Estado terá vasto domínio sobre a organização do Direito do Trabalho.

O Estado cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; o sindicalismo é sujeito a grande normatização com o escopo de subordina-lo ao Estado; institui-se a Lei da Nacionalização do Trabalho em que o objetivo é reduzir a participação de imigrantes nas questões trabalhistas. Em 1943, o modelo estruturado de Direito do Trabalho tem seu ápice com a publicação da Consolidação das Leis Trabalhista, que assume o papel de código do trabalho brasileiro. Mesmo sob forte controle estatal,

os sindicatos proporcionam melhorias para classe operária, fruto de ações sindicais, como repouso semanal remunerado instituído pela Lei nº 605, de janeiro de 1949, gratificação natalina instituída pela Lei nº 4.090 de 13 de julho de 1962. Esse modelo persistiu até a promulgação da Constituição Federal de outubro de 1998.

TERCEIRIZAÇÃO

Em meados da década de 70 o mundo experimenta a crise do petróleo que tem como consequência o aumento da inflação e déficit fiscal nos Estados; aliado a essa crise econômica mundial tem-se o surgimento de inovações tecnológicas em vários setores como informática, robótica e telecomunicações, eliminando barreiras tidas como insuperáveis e trazendo extrema competitividade mundial, LEITE (2018). Associado a esse contexto, há o surgimento de inúmeras multinacionais que provocam mudanças de paradigma na economia com o abandono do sistema Fordista de produtividade e ascensão do sistema Toyotista, em que as empresas buscam eficiência na produção, estrutura deixa de ser vertical passando a horizontal, e primando pelo controle de qualidade do produto e pela competitividade no mercado.

Nesse contexto, surge o fenômeno da terceirização, termo construído pela ciência da administração de empresas com o objetivo de dar ênfase à descentralização de atividades da empresa, em que essa realinha sua estrutura organizacional e transfere a uma ou mais empresas etapas do seu processo produtivo, Nesse sentido são as palavras de SANTOS (2014, p. 19) “Portanto, do ponto de vista organizacional, a terceirização pode ser vista como uma decisão em que se deixa que determinados fornecedores tomem conta de certas atividades que outrora eram feitas internamente pela empresa” e MARTINS (2012, p.17):

Em suma, o vocábulo “terceirização” deve ser entendido como uma técnica administrativa de desconcentração produtiva, que provoca uma relação jurídica trilateral, por meio da qual o trabalhador presta serviços a um tomador de serviços, apesar de possuir contrato laborativo com uma empresa interveniente ou fornecedora.

Para o ramo trabalhista, a terceirização é evento que insere o trabalhador em processo produtivo da empresa tomadora de serviço sem existir laços trabalhistas clássicos entre obreiro e tomadora. Há duas relações jurídicas no instituto da terceirização, uma primeira entre empresa contratante e prestadora de serviços de cunho civil e outra relação de cunho trabalhista entre empregado e empresa prestadora de serviço.

As primeiras referências normativas sobre terceirização no Brasil ocorrem na área estatal com a edição do Decreto Lei nº 200/1967, no seu artigo 10, §7º, que tratava da reforma administrativa da União e tinham como objetivo o aprimoramento e controle do crescimento da máquina administrativa, transferindo ao particular a prestação de atividades executivas. (BRASIL, 1967):

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração **procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato**, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (*grifo é nosso*)

No âmbito privado, a primeira intervenção normativa ocorre com a entrada no ordenamento pátrio da Lei 6.019/1974 que regulamenta o trabalho temporário (artigo 4º)² e tem como desígnio o revigoramento da economia com a inserção de nova forma de ajuste trabalhista. O legislador busca regulamentar um fenômeno presente à época que se tratava de empresas criadas com objetivo de provimento de trabalhadores a outras empresas para atividades perenes ou sazonais. ALMEIDA (1977 apud BARROS, 2016, p. 298) “Difundiu-se rapidamente no Brasil esse sistema de locação de pessoal. Em 1973, só em São Paulo, havia 10 mil empresas que se utilizavam desse sistema, por meio de contrato com duração indefinida”. Destarte, a legislação veio a preencher essa lacuna de forma a disciplinar esse modelo de terceirização quando a empresa tomadora se depara com necessidade de substituição temporária de pessoal pertencente ao quadro regular de funcionários, bem como o acréscimo excepcional de demanda; fixando as formalidades do contrato e prazo máximo de duração de três meses, requisitos para a concessão do registro de empresa de trabalho temporário, rol de direitos trabalhistas do empregado temporário. Nas palavras de BARROS (2016, p. 295):

O objetivo do regime de trabalho temporário foi suprir momentaneamente uma necessidade transitória de substituição e de acréscimo extraordinário de serviço da empresa tomadora, afastando-se de seu campo de incidência o trabalho contínuo, que não poderia ser objeto de ajuste nesse contrato especial.

Atendendo a questões de segurança pública e com o escopo de coibir a onda de assaltos que assolou o período de meados dos anos 60, o governo federal baixa o Decreto-Lei nº 1.034 de 1969 que determinar às instituições financeiras a adoção de várias medidas de segurança, entre elas o uso de vigilância ostensiva. Substituindo o Decreto Lei nº 1.034 de outubro de 1969 o Congresso Nacional edita a Lei nº 7.102 de 1983 em que instituições financeiras públicas e privadas pudessem contratar serviços de vigilância ostensiva e transporte de numerário por empresa interposta. Posteriormente, com as alterações legislativas fruto da Lei nº 8.863/1994, estende-se a autorização para trabalhos de segurança e vigilância patrimonial de estabelecimentos comerciais, industriais, residenciais bem como para órgãos públicos da administração direta e indireta.

² Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição do seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços.

[...]

Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

A jurisprudência trabalhista examinando o tema da terceirização produz a Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho em 30 de setembro de 1986 considerando como ilegal qualquer tipo de intermediação de trabalho, ressalvado aquelas previstas nas leis nº 6.019 de 1974 e 7.102 de 1983, casos de trabalho temporário e serviços de vigilância ostensiva e transporte de valores, respectivamente.

O entendimento jurisprudencial foi construído com fundamento em que a regra para contratação de trabalhador é a insculpida pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho³ e tem como exceções as inovações legislativas advindas das leis já mencionadas; isto posto, entendeu o Tribunal Superior do Trabalho que qualquer forma de terceirização fora das hipóteses regulamentadas pelo legislador infraconstitucional eram tidas como contrárias ao ordenamento jurídico. Segue o texto da referida Súmula 256 (TST, 2016):

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.

No mesmo ano de 1986, o Tribunal Superior do Trabalho edita novo verbete, em função de vários precedentes tratando sobre a não configuração de atividade de bancário por vigilante que tem como tomador de serviços instituição financeira, mesmo que a contratação fosse feita diretamente pelo Banco. Segue o texto da referida Súmula 257 (TST, 2017): **“VIGILANTE (mantida) – Res 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003** O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresa especializada, não é bancário”.

No início da década de 90, após a nova carta constitucional, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou o verbete nº 256 dando lugar a nova Súmula 331 na qual o tribunal adentrou em clara normatização ao tema considerando proibido qualquer tipo de terceirização quando não estivesse enquadrado nas hipóteses previstas na Súmula; bem como procurou regulamentar a terceirização no âmbito da Administração Pública. Segue o texto da referida Súmula 331 do TST (TST, 2017):

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a

³ Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
 [...]

Art. 3º Considera-se empregado toda a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

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. (*grifo é nosso*).

O verbete 331 também inovou o mundo jurídico ao prever a possibilidade de terceirização na área de conservação e limpeza, indo além, ao prever também a licitude da contratação de serviços na atividade meio da empresa usando de um critério vago para determina uma vedação não prevista em lei. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (STF, 2018):

“[...] Em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexas, agravado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível divisar, sem ingerência do arbítrio e da discricionariedade, quais atividades seriam meio e quais atividades seriam fim [...]”.

No ano 2000 há alteração do inciso IV da redação original para estender a responsabilidade do tomador de serviços para os órgãos da administração pública direta, autarquias, fundações públicas e empresas de economia mista. Com o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 de setembro de 2011 de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de transferência dos encargos trabalhistas para a Administração Pública, em razão do inadimplemento da contratada, com o fundamento no artigo 37, §6º da CF/1988 – Responsabilidade da Administração Pública, (STF, 2010). O Tribunal Superior do Trabalho por meio da Resolução nº 174/2011 altera seu inciso IV e incluiu o inciso V adequando seu enunciado ao posicionamento da Suprema Corte sobre a constitucionalidade do Artigo 71, §1º da Lei 8.666/1993.

O Enunciado 331 trata-se de típico ato normativo, pois seus comandos englobam abstratividade e possuem destinatários genéricos. Nas palavras de DELGADO (2016, p. 183):

No sistema jurídico romano-germânico (ao qual se filia o Brasil), percebem-se duas posições principais acerca da classificação da jurisprudência no quadro das fontes jurídicas: a primeira, tradicional e dominante, que tende a não acatar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas; **a segunda, mais moderna, ponderando que a jurisprudência tem um indissimulável papel jurígeno (criador do Direito).** Em certos ramos — como o Direito do Trabalho — esse papel seria até mesmo determinante à compreensão da própria estrutura e dinâmica do conjunto do ramo jurídico enfocado. (*grifo é nosso*).

A lacuna normativa sobre o tema da terceirização deixa de existir em 2017 com a publicação da lei 13.429/2017 em que o parlamento adentra a legislação específica trazendo alterações na Lei 6.019 de 1974 para permitir a prestação de serviços por empresa especializada; define o que venha a ser empresa prestadora de serviços, com base na especialização do serviço; especifica as formalidades e requisitos que a prestadora de serviços deve atender para ter o registro deferido pelo antigo Ministério do Trabalho e Emprego; definiu-se o mínimo de capital social das empresas terceirizadas com a finalidade de proteção ao trabalhador na eventualidade de descumprimento de obrigações; a lei também vem responsabilizar a empresa tomadora, de forma subsidiária, pelas obrigações trabalhistas e contribuições previdências do trabalhador temporário, pelo lapso de tempo do contrato de trabalho temporário. Em julho de 2017 o congresso nacional aprova a Lei nº 13.467/2017 que insere novas modificações na lei de trabalho temporário, entre elas a nova redação para os artigos 4º-A e 5º-A sepultando a discussão da possibilidade de terceirização em atividade fim ou atividade meio, tornando inócua parte da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, (BRASIL, 1974):

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 sua execução.

(...)

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.** *(grifo é nosso)*

Em abril de 2017 são propostas no Supremo Tribunal Federal quatro Ações Diretas de Constitucionalidade nº 5695, 5685, 5686 e 5687 questionando a constitucionalidade das alterações introduzidas na lei de trabalho temporário, pelas leis 13.429/2017 e 13.467/2017, ao argumento de violação da proteção ao trabalhador, à livre associação sindical, preservação da função social da propriedade entre outros, STF (2017).

ORDEM ECONÔMICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Constitucionalismo surgiu como ideologia que busca restringir o uso do poder de forma arbitrária, com a instituição de constituições escritas na qual o direito busca sua validade; com o passar dos séculos, desponta o neoconstitucionalismo que vem a firma a constituição como fonte de validade das leis infraconstitucionais, bem como, também acrescenta que a reunião de valores e fundamentos deve vir no texto supremo. Nesse sentido MENDES; BRANCO (2012, p.61):

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexão propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política.

[...]

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da

constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis.

Os Estados contemporâneos reconhecem a existência de direitos intrínsecos a qualquer ser humano, esses direitos são conhecidos como direitos fundamentais. É dever do Estado a positivação e preservação desses direitos como valor supremo, que devem ser imunes às maiorias que venha a surgir naquela sociedade. Dessa forma, eles devem estar presentes na norma suprema do ordenamento jurídico, que é a Constituição, recebendo status de elevada proteção. Nas palavras de MENDES; BRANCO (2012, p.155):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos do Estado tem relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

A Constituição de 1988, já no preâmbulo, traz as vigas mestras da nova ordem jurídica instalada no país, com os valores mais caros para sociedade brasileira, devendo-se assegurar a liberdade, exercício de direitos sociais e individuais, o bem-estar e outros direitos fundamentais. Já no título da Ordem Econômica que é a parte do ordenamento jurídico que institucionaliza o conjunto normas, diretrizes e regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, não é fruto de ideias apenas do constituinte originário, mas um reflexo natural das posições e interesses ideológicos da sociedade; também é inconcebível que haja contradições entre textos que são fruto do poder constituinte originário. A carta magna deve ser interpretada de forma sistemática, levando-se em consideração seus valores, princípios e normas regras. Nas palavras de GRAU (2014, p.192) “A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se pode interpretar em tiras, aos pedaços.”.

Em que pese a Constituição da República ser analítica, pois adentra em vários aspectos da vida social, não adentrou ao tema da terceirização de forma pormenorizada, no entanto diante de uma sociedade em constante evolução é competência do Estado o acompanhamento das transformações que ocorrem no seio da sociedade de modo a compatibilizar o ordenamento jurídico com a realidade social; HESSE (2009, p.10) explica bem isso nos seguintes termos “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

Nesse contexto, o princípio da liberdade, oriundo dos direitos fundamentais de primeira geração, impõe ao Estado o dever de abstenção, de não interferência no espaço da autodeterminação do indivíduo. O indivíduo é seu credor, que se opõe ao Estado devedor, é o sentido negativo do termo liberdade que também possui o seu sentido positivo na possibilidade de atuação do homem em busca de sua realização pessoal; nas palavras de SILVA (2005, p.233) “Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão;”.

É nos regimes democráticos que a liberdade encontra campo fértil, quanto mais avança a democracia mais liberdade se conquista passando-se a usar o termo liberdades, pois representa várias formas de liberdade, como liberdade de

locomoção, liberdade de pensamento, liberdade de associação, liberdade profissional, liberdade social e liberdade econômica.

O Princípio em comento está cristalizado no artigo 5º caput e inciso II da CF/88 (BRASIL, 1988): “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, a norma suprema procura preservar liberdade individual buscando dar uma garantia mínima de que o indivíduo só terá sua liberdade reduzida pelo Estado mediante lei que provenha de um Poder Legislativo legítimo onde estão os representantes da sociedade. É o magistério do mestre SILVA (2005, p.236):

Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade e legalidade*. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima*.

Por tais premissas, a liberdade de contratar da empresa é decorrente do princípio da liberdade em que o que não é vedado por lei é permitido ao particular, devendo o Estado intervir na propriedade privada apenas nos casos previsto no Estatuto político. (BRASIL, 1988) “Artigo 5º, XXII – *é garantido o direito de propriedade. [...]*”.

O artigo 170 da CFRB traz no seu cerne princípios e valores que devem orientar a ordem econômica. O primeiro desses valores é a tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento da república, devendo o Estado promover a existência digna do indivíduo através da atividade econômica. Nesse sentido a Ordem Econômica está edificada em dois pilares fundamentais, o primeiro representa a valorização do trabalho humano obrigando o Estado a desenvolver políticas de proteção ao trabalho, que se encontram inscritas no artigo 7º com um rol de direitos trabalhistas. Versa os artigos em comento:

Artigo 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:

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.

(...)

Artigo 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:

(...)

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. (grifou-se)

O segundo pilar fundamental é a livre iniciativa; no contexto histórico das constituições brasileiras a livre iniciativa esteve prevista em todas as cartas constitucionais. Antes de adentrar ao conceito de livre iniciativa convém esclarecer que o Estado Brasileiro na carta de 1988 adotou o modelo capitalista de produção como modelo econômico, é o que se conclui da análise do artigo 5º, inciso XXII e artigo 170, inciso II da CFRB quando se tem a garantia do direito a propriedade privada não podendo o Estado intervir fora das exceções trazidas pelo texto constitucional. Livre iniciativa numa economia de mercado é a autonomia que tem a empresa ou empresário de eleição da melhor estratégia de produção, processo mais adequado, o ramo econômico a ser explorado sem qualquer restrição que não a advinda da lei. Miguel Reale (1988, A-3) assim conceitua esse princípio:

Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Dessa forma, a escolha do constituinte pelo regime de mercado, traz como consequência a regra da não interferência do Estado nos domínios econômico, havendo somente dentro das hipóteses elencadas pelo legislador, conforme se observa do artigo 174 da CF/88.

Seguindo nessa reflexão, a livre iniciativa destaca-se em vários pontos da Constituição, num primeiro momento se apresenta como um valor social fundamental da república federativa tendo como contra peso o valor social do trabalho, demonstrando que se trata de opção política fundamental do constituinte. A livre iniciativa em sentido amplo, não apenas restrito ao universo econômico, tem feição de liberdade de escolha de condutas e resultados. Num segundo momento, revela-se no título da ordem econômica tendo o sentido de liberdade na atividade de mercado e como titular a empresa, na pessoa do proprietário. Surgi como permissão de empreendedorismo ao homem na constituição da atividade econômica sempre buscando compatibilização com a valorização do trabalho humano; pois nenhum princípio é absoluto. Dessa maneira tem-se que a liberdade de iniciativa é liberdade negativa, ou seja, ausência de barreiras do Estado conjugada com a expansão da criatividade humana; ao passo que a valorização do trabalho trata-se de liberdade positiva no sentido de garantir a participação na criação da riqueza. Sobre o tema observa JÚNIOR (1989 apud GRAU, 2014, p. 183):

Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes.

Revelado também com os direitos fundamentais de primeira geração, que se buscava uma abstenção do Estado, tem-se a garantia fundamental da propriedade privada, como reflexo do princípio fundamental de liberdade, devendo ao Estado, através da constituição, traçar seus contornos para a garantia desse direito

fundamental. Propriedade e direito de propriedade não se confunde; a propriedade sempre esteve presente em todas as épocas da humanidade, ao passo que direito de propriedade é expressão legal da propriedade, quer dizer, sua inserção dentro do ordenamento jurídico. Nas palavras de BULOS (2005, p. 193) “O direito de propriedade, a sua vez, é a expressão positivada da propriedade, ou seja, corresponde à judicialização do fenômeno *propriedade*.”. A propriedade quando tratada no artigo 5º, inciso XXII, XXIII e artigo 170, incisos II e III tratam de diferentes tipos de bens como propriedade, como propriedade de cotas empresarias, propriedade de obras fonográficas, propriedade da terra e outras.

Artigo 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:

(...)

XXII - **é garantido o direito de propriedade**;

XXIII - **a propriedade atenderá a sua função social**;

Artigo 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**;

(...) (grifou-se)

Mas é na classificação da propriedade relacionada à bens de consumo e propriedade dos bens de produção que existirá o choque do binômio empresa, fruto da livre iniciativa conjugado com princípio da propriedade, e trabalho, com seu valor social. É nesse cenário que ensejará a aplicação da baliza desenhada pelo constituinte originário no qual o seu uso deve respeitar o vetor função social. Nas palavras de GRAU (2014, p.237):

Aí, incidindo pronunciamento sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a *função social da propriedade*. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa.

A função social, expressão aberta, pode ser entendida como a forma de instrumentalização da propriedade de modo a atender não apenas o interesse do proprietário, mas respeitar dignidade da pessoa humana, a liberdade, à segurança. Além da previsão constitucional, há referências à função social na lei nº 6.404 de 1976, nos artigos 116, parágrafo único e artigo 154⁴, que trata sobre Empresas por Sociedade Anônima. Essa função, como objetivo da empresa, trás ao proprietário um poder-dever constituído de explorar e organizar a empresa sempre respeitando

⁴ - Artigo 116, parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

os valores sociais do trabalho, ou seja, a adequação do poder econômico a uma finalidade. Nas palavras de GRAU (2014, p.243):

Note-se, nesse ponto, que não há grandes dificuldades para a compreensão do conúbio entre *poder e dever* – isto é, entre *direito e função* – enquanto concebemos a função social como princípio gerador da imposição de *limites negativos* ao comportamento do proprietário. Isto porque gravitamos, então, no interior de um universo de limitações análogas às manifestações de *poder de polícia*, coerentes com a ideologia do Estado Liberal. [...] cumpre observar ainda que não é a coisa objeto da propriedade que tem função, mas sim o titular da propriedade. Em termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é o objetivo deste trabalho a análise das consequências benéficas ou maléficas do instituto da terceirização nas relações trabalhistas; mas a constitucionalidade da vedação imposta por jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, antes do advento das leis 13.429/2017 e 13.467/2017, e também uma análise da compatibilidade dos referidos diplomas com o ordenamento constitucional vigente.

É inquestionável que a Constituição Federal de 1988 é calcada na valorização do indivíduo, bem como, trata-se de uma carta política que não se contenta em apenas definir instrumentos de governo; ela vai além, ao trazer no seu bojo fundamentos, valores e princípios que devem ser respeitados; assim como, traça diretrizes e programas a serem atingidos pelo Estado. Nesse sentido, não é dado ao Poder Judiciário, por meio de súmula persuasiva do Tribunal Superior do Trabalho, a imposição de uma restrição ao particular com base no que seja atividade meio e atividade fim; inexistindo previsão legal para a distinção. É regra básica de hermenêutica que quando a lei não faz distinção, não cabe ao interprete fazê-la (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Dessa forma, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho nos itens I e III padecem de inconstitucionalidade por violação aos princípios da legalidade e separação dos poderes.

As leis 13.429/2017 e 13.469/2017 que vieram a regulamentar o tema da terceirização, sepultando de vez a celeuma sobre a possibilidade em atividade fim, foram questionadas na Suprema Corte por quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade por violação ao princípio da proteção ao trabalhador, preservação da função social da propriedade e outros. O constituinte ao elencar os princípios fundamentais da república coloca num mesmo plano de importância os valores sociais do trabalho, bem como os valores sociais da livre iniciativa. Já no Artigo 170 da CF/88 o constituinte traz as diretrizes da Ordem Econômica e novamente tem-se num mesmo patamar a valorização do trabalho e livre iniciativa. Ao tratar sobre a intervenção do Estado na economia a constituição de 1988 é cristalina ao expressar que será de forma excepcional e mediante lei. Assim, pode se inferir que a terceirização é instituto que encontra sustentáculo nos princípios constitucionais da livre iniciativa, como reflexo da liberdade, da propriedade privada respeitando os valores sociais do trabalho, resguardados pelo artigo 7º e seguintes da Carta política de 1988, da justiça social e como instrumento de assegurar a todos a existência digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**;
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Saraiva. 2012.
- BULOS, Uadi Lamengo, **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. São Paulo. Saraiva. 2014.
- BULOS, Uadi Lamengo, **Constituição Federal Anotada**. 6. Ed. São Paulo. Saraiva. 2005.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 200 de 25 de fev. de 1967. **Organização da Administração Federal**. Brasília, DF, fev 1967.
- BRASIL, Lei nº 6.019 de 3 de jan. de 1974. **Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas**. Brasília, DF, jan 1974.
- BRASIL, Lei nº 6.404 de 15 de dez. de 1976. **Sociedade por Ações**. Brasília, DF, dez 2017.
- BRASIL, Lei nº 7.102 de 20 de jun. de 1983. **Segurança para estabelecimentos financeiros**. Brasília, DF, jun 1983.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de out. de 1988. Brasília, DF, out 1988.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. LTR. 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. 16. ed. LTR. 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16. Ed. Malheiros. 2014.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1. ed Safe. 2009.
- LEITE. Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo. Saraiva. 2018;
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo. Atlas. 2015;
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização e o Direito do Trabalho**. Revista Jurídica Trabalho & Doutrina nº 21. ed. Saraiva. São Paulo. 1999.

REALE, Miguel. **Inconstitucionalidade de congelamentos**. Folha de São Paulo. São Paulo. 19 out. 1988. p. A-3

REALE, Miguel. **O Estado no Brasil**. Folha de São Paulo. São Paulo. 19 set. 1989. p. A-3.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública**. 2. ed. Saraiva. 2014;

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Malheiros. 2005.

STF, ADPF nº 324, Distrito Federal, Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Dj:30/08/2018. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584> . Acesso em: 27/04/2019;

STF, ADC nº 16. Distrito Federal Relator: Ministro Cezar Peluso. Dj:24/11/2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093> . Acesso em: 29/04/2019;

STF, ADI nº 1.950. São Paulo, Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Dj:03/11/2005. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65861>. Acesso em: 29/04/2019;

TST, Livro de Súmulas. Brasília, DF, DJET: 21, 22 e 25 de set 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 20/04/2019.