

2019-01-02

El Tribunal Superior de Trabajo y el fenómeno de la tercerización en Brasil: notas de una investigación

Alisson Droppa
UNICAMP, alissondroppa@gmail.com

Magda Barros Biavaschi
Universidade Estadual de Campinas, magdabia@terra.com.br

Bárbara Vallejos Vazquez
barbaravvazquez@gmail.com

Follow this and additional works at: <https://ciencia.lasalle.edu.co/eq>

Citación recomendada

Droppa, A., M.Barros Biavaschi, y B.Vallejos Vazquez (2019). El Tribunal Superior de Trabajo y el fenómeno de la tercerización en Brasil: notas de una investigación. *Equidad y Desarrollo*, (33), 105-120. <https://doi.org/10.19052/eq.vol1.iss33.6>

This Artículo de Investigación is brought to you for free and open access by the Revistas científicas at Ciencia Unisalle. It has been accepted for inclusion in *Equidad y Desarrollo* by an authorized editor of Ciencia Unisalle. For more information, please contact ciencia@lasalle.edu.co.

O Tribunal Superior do Trabalho e o fenômeno da terceirização no Brasil: notas de uma investigação*

Alisson Droppa**

Magda Barros Biavaschi***

Bárbara Vallejos Vazquez****

Palavras chave

Terceirização, justiça do trabalho

Código JEL

017, E26, J82, J49, J00

Resumo

O artigo teve como objetivo analisar as decisões do Poder Judiciário Trabalhista brasileiro envolvendo o fenômeno da terceirização, com foco nos acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) entre 2000 e 2016 e em um diálogo com recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), sobre o tema. Até 2017 não havia no Brasil legislação específica sobre a terceirização. Nesse vácuo, o TST, por meio de suas decisões, estabeleceu parâmetros jurisprudenciais que acabaram sendo sumulados no decorrer do tempo, como é o caso da Súmula 331, de 1993, alterada posteriormente. Este texto analisa essa dinâmica e, a partir dela, o papel da

Como citar este artigo: Droppa, A., Biavaschi, M. B. e Vazquez, B. V. (2019). O Tribunal Superior do Trabalho e o fenômeno da terceirização no Brasil: notas de uma investigação *Equidad y Desarrollo*, (33), 105-120. <https://doi.org/10.19052/eq.voll.iss33.6>

Data de recebido: 28 de novembro de 2017 • Data de aceite: 16 de agosto de 2018

* Os dados da investigação foram coletados no âmbito do projeto temático: “Contradições do trabalho no Brasil atual. Formalização, precariedade, terceirização e regulação” e da pesquisa de pós doutorado: “A história recente das decisões judiciais sobre a terceirização: contradições da regulamentação do trabalho no Brasil atual” ambas financiadas pela Fundação de Amparo a pesquisa do Estado de São Paulo- FAPESP

** Bolsista de Pós Doutorado FAPESP, Processo FAPESP nº 2016/13563-1, Faculdade de Educação UNICAMP. Orcid: E-8059-2016. Correio eletrônico: alissondroppa@gmail.com

*** Desembargadora aposentada do TRT4, pesquisadora Colaboradora no CESIT/IE/UNICAMP, professora Convidada nos programas de PPG em Economia e Ciências Sociais da Universidade Estadual de Campinas. Doutora e Pós-doutora em Economia Aplicada (2007) pela Universidade Estadual de Campinas e Mestre em Direito (1997) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Orcid: 0000-0002-4175-5229. Correio eletrônico: magdabia@terra.com.br

**** Mestre em Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Economia da Unicamp, Técnica do DIEESE e professora da Escola do DIEESE de Ciências do Trabalho. Orcid: 0000-0001-7154-2171. Correio eletrônico: barbaravazquez@gmail.com

Justiça do Trabalho e, mais recentemente, do STF diante do aprofundamento da terceirização para trabalhadores do setor papel e celulose, eletricitários, petroleiros, correspondentes bancários, trabalhadores em Call Center e Tecnologia da Informação (TI) em bancos públicos.

The Superior Labor Court and the phenomenon of outsourcing in Brazil: Research notes

Abstract

This article aimed to analyze the decisions of the Brazilian Labor Judiciary Power regarding the phenomenon of outsourcing, with a special focus on the decisions of the Superior Labor Court (SLC) between 2000 and 2016, in a dialogue with recent decisions made by the Federal Supreme Court (FSC) on the subject. Until 2017, there was no specific legislation on the topic of outsourcing in Brazil. In this vacuum, the SLC, through its decisions, established jurisprudential parameters that were dissolved over time, as in the case of the Precedent 331 of 1993, later modified. The paper analyzed this dynamics and, based on it, the role of Labor Justice and, more recently, of the FSC in the increase of outsourcing activities for workers in the pulp and paper industry, electricians, oil companies, banking correspondents, as well as call center and information technology (IT) workers in public banking.

Keywords

Outsourcing, labor justice

El Tribunal Superior de Trabajo y el fenómeno de la tercerización en Brasil: notas de una investigación

Resumen

El artículo tuvo como objetivo analizar las decisiones del Poder Judicial del Trabajo brasileño relacionadas con el fenómeno de la externalización, centrándose en las sentencias del Tribunal Superior del Trabajo (TST) entre 2000 y 2016 y en un diálogo con las recientes decisiones del Tribunal Supremo Federal (STF) sobre el tema. Hasta 2017, no existía una legislación específica sobre la externalización en Brasil. En este vacío, el TST, a través de sus decisiones, estableció parámetros jurisprudenciales que terminaron por resumirse en el tiempo, como en el caso del precedente

Palabras clave

Externalización,
justicia del trabajo

331 de 1993, posteriormente modificado. Así, se analizó esta dinámica y, con base en ella, el papel de la Justicia Laboral y, más recientemente, del STF en la profundización de la tercerización para trabajadores del sector de la celulosa y el papel, electricistas, petroleras, corresponsales bancarios, trabajadores de centros de llamadas y trabajadores de tecnologías de la información (TI) de la banca pública.

Introdução

A recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) que acolheu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324, ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio e, em sede de repercussão geral, deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, interposto da decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) pela Empresa Cenibra, de Minas Gerais, adotou entendimento que vem sendo resistido por setores expressivos da sociedade brasileira para, contrapondo-se à orientação jurisprudencial consolidada na Súmula 331 do TST de 1993, revisitada em 2000, ampliar o uso dessa para quaisquer atividades. Nessa decisão, o STF adota a compreensão de que: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho [sic] entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária das empresas contratantes” (Delgado e Dutra, 2018).¹ Esse registro inicial desnuda as distintas abordagens do TST e do STF diante do tema da terceirização.

Este artigo apresenta aspectos da metodologia desenvolvida nas pesquisas “A terceirização e a justiça do trabalho” (Baltar, 2011) e “A terceirização e a justiça do trabalho: diversidades regionais” (Baltar, 2013) que analisaram o papel da Justiça do Trabalho diante da terceirização, tendo como fonte prevalente os processos judiciais que tramitaram nas antigas juntas de conciliação e julgamento envolvendo terceirização, ajuizados no período foco daquelas pesquisas. Posteriormente, essa

1 Pela terceirização irrestrita votaram os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux (relatores), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia e, de outro lado, na defesa da jurisprudência expressa na Súmula 331 do TST, Rosa Weber, Luiz Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello.

metodologia foi readaptada para o estudo dos acórdãos do TST, obtidos em sua página de internet, fonte da pesquisa realizada no âmbito do eixo “terceirização” do projeto temático “Contradições do trabalho no Brasil atual. Formalização, precariedade, terceirização e regulação” que, tal como nos dois estudos anteriores, contou com apoio financeiro da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

Nas duas pesquisas iniciais, sucessivas, as amostras foram compostas pelos processos contendo demandas de trabalhadores do setor papel e celulose, no marco temporal de 1985 a 2000. Já no eixo “terceirização” do referido temático, foram incorporadas novas categorias para, além dos trabalhadores do setor papel e celulose, eletricitários, petroleiros, trabalhadores em *Call Center* e TI em bancos públicos e, por fim, os correspondentes bancários, em um marco temporal final ampliado para 2013, data do início da pesquisa do temático e, para os correspondentes bancários, para 2015. O conjunto das pesquisas, sobretudo o estudo dos processos físicos, trouxe à tona a dinâmica da construção das decisões judiciais interiormente às instâncias judiciais e as divergências de abordagens entre as decisões examinadas e fortalecem a compreensão de que o Judiciário não é um bloco monolítico, mas uma condensação material de forças (Poulantzas, 1990). Ou seja, as lutas e as tensões presentes em uma sociedade em determinado momento histórico se expressam nas instituições públicas, havendo nichos e contradições em seu interior.

No projeto temático, os acórdãos do TST constituíram a fonte prevalente, dando-se ênfase às tendências decisórias dessa corte trabalhista. E como elementos complementares ao estudo, foram realizadas entrevistas com atores sociais com destaque nos processos ou com lideranças dos setores pesquisados.

Um dos grandes desafios foi conceituar a terceirização visando a abranger a complexidade do fenômeno e as formas como ela se apresenta no mundo do trabalho, adquirindo novas expressões nas técnicas de gestão, com contornos variados e, muitas vezes, de forma burlada (Biavaschi e Santos, 2014), chegando-se a presenciar a terceirização da terceirização — quando uma terceirizada subcontrata outras; ou a quarteirização — quando é contratada uma empresa com a função específica de gerir contratos com as terceiras; e, mais recentemente, via contratos de facção, arrendamento, fomento, parcerias e correspondentes bancários, de aparente natureza civil.² Com potencial altamente precarizador e com grande

2 Essas considerações podem ser encontradas nos relatórios científicos das pesquisas “A terceirização e a justiça do trabalho” (Baltar, 2011) e “A terceirização e a justiça do trabalho: diversidades regionais” (Baltar, 2013).

expansão nas esferas privada e pública, sobretudo a partir dos anos 1990, a terceirização tem acirrado desigualdades e fragmentado a organização dos trabalhadores.

Compreendida como uma das expressões do capitalismo contemporâneo, globalizado e hegemonizado pelos interesses das finanças, a terceirização se dá quando um terceiro rompe o binômio empregado e empregador, podendo expressar tanto um fenômeno interno quanto externo ao contrato de trabalho (Viana, 2006; Basualdo e Esponda, 2014). Em regra utilizada como estratégia das empresas para reduzir custos, partilhar riscos e aumentar sua flexibilidade organizacional (Krein, 2007), a terceirização pode se expressar, por exemplo, na contratação de: redes de fornecedores com produção independente; empresas especializadas de prestação de serviços de apoio; trabalho temporário via agências de emprego; pessoas jurídicas ou trabalhadores autônomos contratados para atividades essenciais; trabalho realizado no domicílio; cooperativas de trabalho fraudulentas; correspondentes bancários; deslocamento de parte da produção ou setores para ex-empregados, entre outros.

Talvez uma das dificuldades para conceituá-la reside nessa multiplicidade de formas pelas quais aparece, bem como pelos distintos conceitos que lhes são atribuídos nas diversas áreas do conhecimento. Para contemplar a análise do fenômeno em sua complexidade e abranger, ainda, as formas burladas de terceirização, este texto e as pesquisas que o fundamentam abordam a terceirização de forma ampla e nas concepções interna e externa.

O artigo aborda alguns aspectos da metodologia construída para as pesquisas e suas adaptações, indicando alguns resultados. A seguir, a partir do estudo das fontes, busca compreender o papel da justiça do trabalho ao colocar limites à terceirização, abordando a dinâmica da construção de suas decisões e a relevância de uma instituição especializada para dar eficácia à tela pública de proteção social ao trabalho. Seguem comentários sobre recentes decisões do STF em relação ao tema, procurando desnudar a forma como essa Corte Suprema vem analisando as relações de trabalho, em contraposição às decisões do TST, chegando às considerações finais.

As investigações, metodologia e alguns resultados

As primeiras pesquisas mencionadas na introdução privilegiaram o estudo dos autos físicos complementado por entrevistas com atores com atuação relevante

nas ações ou no setor pesquisado para analisar: as respostas da Junta de Conciliação e Julgamento (JCJ) de Guaíba (hoje Vara do Trabalho), Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região; das unidades judiciárias da 15ª Região, Estado de São Paulo; e, posteriormente (segunda pesquisa), as da JCJ de Telêmaco Borba, Paraná, que integra a 9ª Região, as demandas de trabalhadores do setor papel e celulose envolvendo o especificamente o tema da terceirização. Localizados os processos que compuseram o universo da pesquisa, foram eles estudados e fichados, com fichamento elaborado pela equipe de pesquisadores.

Em síntese, os estudos constataram que, conquanto a Súmula 331 do TST tenha, em 1993, buscado pacificar o entendimento da jurisprudência trabalhista relativamente à terceirização e à responsabilidade da contratante dos serviços, a tomadora, perante os trabalhadores contratados pelas

“Quanto menor o grau de responsabilização da tomadora, maiores as dificuldades para os reclamantes receberem os créditos reconhecidos, com demora na entrega da prestação jurisdicional que contribui para aprofundar o “gargalo” da Justiça do Trabalho”.

terceiras, as diversidades regionais, sempre presentes, eram estampadas nas decisões. Nas demandas que tramitaram na Vara de Guaíba/Rio Grande do Sul, por exemplo, ajuizadas contra a Riocell,³ as decisões revelaram postura de maior resistência à terceirização, com questionamento expressivo à sua validade, quando comparadas com as da 15ª Região e, em menor grau, com as de Telêmaco Borba (ainda que estas também apontem para questionamento maior em relação às da 15ª Região). Outra constatação importante localizou-se na execução das decisões proferidas, momento em que, calculados os valores devidos, é determinada a citação para pagamento em 48 horas, pena de penhora. Quanto menor o grau de responsabilização da tomadora, maiores as dificuldades para os reclamantes receberem os créditos reconhecidos, com demora na entrega da prestação jurisdicional que contribui para aprofundar o “gargalo” da Justiça do

³ A empresa Riocell teve diversas alterações em sua composição acionária e denominação ao longo do tempo: Borregaard, depois Klabin-Riocell, ainda, Aracruz Celulose. Após a compra da maioria das ações pelo grupo Votorantim, ela passou a pertencer ao grupo Fibria. Em 2009, adquirida pela CMPC, chilena, passou a se chamar CMPC celulose rio-grandense. A respeito, consultar Baltar (2013).

Trabalho.⁴ As maiores dificuldades para o recebimento dos créditos reconhecidos foram localizadas nos processos em que a tomadora foi eximida de responsabilidade, sendo excluída do feito, seguidos dos que a responsabilidade da tomadora foi reconhecida como subsidiária. Por outro lado, os melhores resultados foram localizados nos processos em que foi reconhecida a responsabilidade solidária ou a tomadora foi declarada empregadora direta.

Já as investigações no eixo terceirização do temático referido, desenvolvidas a partir da pesquisa nos acórdãos do TST disponibilizados em sua página de internet, foram mais abrangentes pela inclusão de outras categorias de trabalhadores e ampliação do marco temporal, como registrado. Em decorrência, o número de acórdãos foi ampliado. Para obtê-los, como os processos não são classificados pelo objeto do conflito, fez-se uso de palavras-chave, usando-se Terceirização e as categorias que passaram a ser investigadas: papel e celulose, petroleiros, Call Center e TI em banco público, eletricitários e, por último, correspondentes bancários.

Obtidos e estudados os acórdãos, foi-lhes aplicado fichamento elaborado pela equipe de pesquisadores, devidamente adaptados para essa fonte. Deu-se ênfase aos seguintes aspectos quanto à responsabilização da tomadora: reconhecimento do vínculo de emprego direto com ela; definição da responsabilidade solidária entre tomadora e terceiras; responsabilidade subsidiária da tomadora; ou, exclusão de responsabilidade trabalhista desta, com sua exclusão do feito. Tabulados os resultados, chegou-se a um percentual de 59,66% de decisões colocando freios à terceirização. A tendência de responsabilizar a tomadora de forma subsidiária ou de reconhecer o vínculo de emprego direto com a tomadora quando evidenciada a pessoalidade e a subordinação direta, foi prevalente nas decisões da corte, reforçando, portanto, os resultados obtidos nas duas pesquisas anteriores no sentido de ser a Justiça do Trabalho um espaço de resistência à terceirização, colocando-lhe limites. Não à toa, forças econômicas substantivas pressionaram e pressionam para seu cancelamento, fazendo-se representar na audiência pública convocada pelo TST em outubro de 2011.⁵

4 Sobre a execução trabalhista nos processos envolvendo terceirização consultar Biavaschi, Moretto e Droppa (2015).

5 Nessa audiência, estiveram presentes pesquisadores, economistas, sociólogos, juristas que, dada a relevância do tema, organizaram, a seguir, o Fórum Nacional em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização (Fórum), espaço destacado na resistência ao PL aprovado pela Câmara dos Deputados, o PL 4330/04, em tramitação no Senado da República: o PLC 30/2015.

Os estudos em todas as pesquisas deixaram evidente que as forças que antes pressionaram pelo cancelamento do Enunciado 256 de 1986 que, na prática, coíbia a terceirização, motivando a construção da Súmula 331 do TST, de 1993, passaram a lutar pelo cancelamento dessa última que, apesar de retroceder em relação ao Enunciado 256, continuou a oferecer-lhes obstáculos à alegada “liberdade de contratar”. Movidas por essa compreensão, passaram a desenvolver ações em duas frentes: junto ao Parlamento, para aprovar lei que amplie o uso da terceirização a quaisquer atividades; e, junto ao STF, invocando em seus apelos a tese de que as decisões da Justiça do Trabalho são limitadoras desse uso.

Em meio às fortes pressões para cancelamento da Súmula 331 do TST e para a liberação total da terceirização, o STF, em novembro de 2010, por maioria de votos, julgou procedente a ação do artigo 71, § 1º da Lei 8666 de 1993, conhecida como lei das licitações, na Ação Direta de Constitucionalidade, ADCON nº 16, proposta pelo governador do Distrito Federal que exime de responsabilidade trabalhista o ente público que terceiriza. Por um lado, essa decisão estimulou a ampliação do uso da terceirização no serviço público por outro, deu margem a muitas reclamações do STF a ministros do TST, relatores de acórdãos que continuaram responsabilizando os entes públicos que terceirizam à luz da Súmula 331. Nessa démarche, a Súmula foi revisitada, mantendo a responsabilidade do ente público quando evidenciada culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Porém, mesmo depois dessa alteração continuaram fortes as pressões de setores econômicos e financeiros no sentido, agora, do cancelamento da Súmula 331.

Em 2014, o Ministro Luiz Fux propôs analisar o Recurso Extraordinário, RE, 713.211 à luz do instituto da Repercussão Geral, sendo acompanhado por seis ministros presentes, com apenas três votos contrários.⁶ Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região na qual a empresa CENIBRA, promoveu Recurso Extraordinário - RE com agravo no STF. O que está em discussão é a própria Súmula 331 do TST, na medida em que será definido, em suma, se o TST, ao proibir a terceirização nas atividades-fim, estaria ou não violando a “liberdade de contratar” de que trataria a Constituição de 1988. Ainda no STF, no Recurso Extraordinário com Agravo 791.932, da Contax S/A, que discute a terceirização em Call Center de empresas de telecomunicações, o falecido Ministro Teori Zavascki propôs julgamento em sede de repercussão geral, no que

6 No presente caso foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

foi seguido à unanimidade pelo Plenário Virtual. Em setembro de 2014, em face de pedido da Contax S/A, da Associação Brasileira de Telesserviços (ABT) e da Federação Brasileira de Telecomunicações, suspendeu o andamento dos processos em curso que discutem a terceirização em Call Center. Com a morte do Ministro Teori Zavascki, esse processo passou à relatoria do Ministro Alexandre Moraes.

Em agosto de 2014, a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), ajuizou ADPF 324, para suspender todas as ações em andamento na Justiça do Trabalho sobre terceirização e para ver reconhecida a inconstitucionalidade da Súmula 331 por vedar tal forma de contratar sem legislação específica proibindo-a, o que, na versão da proponente, se dá “...em clara violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade e da livre iniciativa”. Distribuída ao Ministro Roberto Barroso, várias entidades de âmbito nacional ingressaram como *amicus curiae*.⁷ Nos autos, há parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) para que seja negado seguimento à arguição e, no mérito, pela improcedência (ADPF 324, 2014).

De forma semelhante, o RE 760931, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, que tramitava desde julho de 2013, buscou a absolvição da responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo sob os créditos trabalhistas dos trabalhadores contratados via terceira, a empresa Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. Após sucessivos adiamentos, o julgamento foi pautado em fevereiro de 2017, tomando grande relevância por ser um dos primeiros a enfrentar diretamente o mérito da questão da responsabilidade subsidiária do ente público. O voto da relatora posicionou-se no sentido de conhecer em parte o recurso e, na parte conhecida, negar provimento, mantendo, portanto, o reconhecimento da responsabilidade expresso no acórdão do TST. Empatado o julgamento pelo pleno do STF, o desempate se deu pelo voto do recém Ministro Alexandre de Moraes, sendo vencida a relatora.

Essa decisão acabou por absolver o Estado de São Paulo da condenação subsidiária imposta pelo TRT da 2ª Região, mantida pelo TST, que, concluindo não ter o ente público fiscalizado o cumprimento das obrigações legais da contratante, deveria responder por esse pagamento de forma subsidiária, decisão confirmada pelo TST⁸ que negara provimento ao recurso. Essa decisão, com ampla repercussão nacional, acaba imprimindo uma via, pelo STF, de fortalecimento da terceirização

7 Em 13 de janeiro de 2016 ingressou mais um *amicus curiae*, retornando ao relator desde 14 de janeiro. *Amicus curiae* é pessoa, entidade ou órgão que ingressa no feito.

8 Acórdão TST-AIRR-100700-72.2008.5.02.0373.

e de enfraquecimento dos direitos sociais do trabalho, adiantando-se, assim, às reformas liberalizantes em andamento no Parlamento brasileiro, resistidas pelos trabalhadores e pelas entidades que compõem o Fórum.

Para mais bem evidenciar esse papel flexibilizador dos direitos do trabalho que tem sido cumprido pelo STF em sua maioria, adiantando-se, por assim dizer, às reformas liberalizantes em curso no Parlamento brasileiro, cita-se o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹ proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 que regulamentou a contratação, pelo poder público, de organizações não governamentais (ONG) para execução de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia, de resto atividades inerentes ao Estado e que, segundo a ADIN, somente poderiam ser gerenciadas pelos agentes políticos “democraticamente eleitos”. Seguem alguns dos fundamentos da ação:

- Ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência;
- Violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações;
- Descumprimento do dever de licitação;
- Ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal;
- Descumprimento de direitos previdenciários dos servidores.

Ainda, apontou a inexistência da igualdade de direitos entre subcontratados pelas ONG e servidores diretos, com remuneração e condições de trabalho desiguais. O relator, Ministro Ayres Britto, propunha que fosse julgada parcialmente procedente a ação, seguido de pedido de vista do Ministro Luiz Fux em 31 de março de 2011. A tese do vistor foi vitoriosa no sentido da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 que regulamentou o funcionamento das ONG. Ou seja, abre as portas para a terceirização no Estado via contratação de trabalhadores por empresas privadas, especialmente ONG, constituindo-se em mais uma decisão do STF que se antecipa às reformas estruturais liberalizantes e que vinham tendo grandes dificuldades, resistidas no Parlamento brasileiro.

⁹ Em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN 1923, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio Mello e Rosa Weber, os demais com exceção do Ministro Barroso que não votou por ter sucedido o Ministro Ayres Brito e Dias Tofeli que se deu por impedido, votaram favorável ao acórdão proposto pelo Ministro Fux.

Ainda sobre o tema da flexibilização da legislação trabalhista via decisões do STF, cabe mencionar a questão da prevalência do negociado sobre o legislado. Mesmo não sendo tema objeto das pesquisas que fundamentam este artigo, exemplificam o papel do STF em contribuir para com o movimento de retrocesso quanto aos direitos sociais do trabalho. A recente decisão do STF deu prevalência ao negociado no campo do garantismo coletivo, desconstituindo entendimento prevalente do TST e reiteradas decisões da Justiça do Trabalho que enfatizam a relevância das negociações coletivas desde que respeitado o patamar mínimo civilizatório assegurado pela lei universal. Um exemplo é o Recurso Extraordinário 590.415, que envolveu o Banco do Estado de Santa Catarina, sucedido pelo Banco do Brasil. Houve acordo coletivo firmado com o sindicato dos bancários com cláusula dispondo a adesão ao Plano de Demissão Voluntária (PDI), vedaria o acesso à Justiça do Trabalho para pedir diferenças.

O TRT da 12ª região e o TST concluíram pela ilegalidade da cláusula, reconhecendo o direito de acesso ao Judiciário. O STF, em sede de repercussão geral, deu validade à cláusula que dispunha que trabalhadores que aderissem ao PDI dariam

[...] quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado. (Recurso Extraordinário nº 590415, 2016)

Assim, assegurou a prevalência do negociado em acordo coletivo que se sobrepõe à legislação ordinária, mesmo nos casos em que a lei seja mais benéfica ao trabalhador. Também quanto às horas *in itinere*, objeto, aliás, da reforma trabalhista, o STF, em outra decisão, reformando o que decidira o TST que declarara nulidade da cláusula lesiva, deu-lhe validade ainda que redutora de direitos assegurados em entendimento consolidado em Súmula da corte trabalhista. Nesse sentido, é possível afirmar que as decisões do STF acabaram servindo de espaço na construção do arcabouço institucional da Reforma Trabalhista como verdadeiras fontes materiais, permitindo o alargamento dos conceitos de flexibilização dos direitos trabalhistas.

No dia 16 de agosto de 2018, o plenário do STF iniciou o julgamento da ADPF Nº 324 (Relator Ministro Roberto Barroso) e do RE nº 958.252 (Relator Ministro Luiz Fux), conforme mencionado anteriormente, a ADPF foi ajuizada pela ABAG e o RE nº 958.252 (ARE nº 713.211) foi interposto pela empresa Celulose Nipo

Brasileira S/A (CENIBRA). O julgamento teve início com o relatório pelo Ministro Roberto Barroso, considerando que o que se discute na ADPF é a interpretação da Súmula 331 e sua aplicação nos casos concretos.

116 O ministro relator afirmou que a ABAG argumentou que as decisões da Justiça do Trabalho acabam por proibirem a terceirização e comprometem a competitividade das empresas brasileiras. A questão central colocada por Barroso foi: a terceirização seria compatível com a Constituição de 1988 e a Súmula 331 seria constitucional? E por fim ainda questionou se seria legal a terceirização nas atividades-fim das empresas. Após quatro demoradas sessões no dia 30 de agosto de 2018 por 7 votos a 4, o STF julgou constitucional a terceirização e na prática cancelou a súmula 331 do TST, permitindo a terceirização nas atividades fins das empresas.¹⁰ Votaram pela terceirização irrestrita: Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Contra a terceirização sem limites, e defendendo a manutenção da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n° 331 do TST), votaram Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello.

O que ficou evidente no julgamento foi a existência de duas concepções: uma subsidiada amplamente em investigações acadêmicas e no próprio campo do Direito do Trabalho no aspecto de afirmar a necessidade de manter a limitação da terceirização nos parâmetros adotados na Súmula 331 do TST, que infelizmente foi vencida e outra, a vencedora, com um viés liberalizante, baseada em um discurso de geração de empregos e da defesa do artigo 5º, II, da Constituição de 1988 da ampliação das liberdades e das iniciativas.

O julgamento, embora não se refira às Leis 13.429/2017 (Terceirização) e 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), desenvolve-se em um contexto de fortalecimento de ideais liberalizantes. Desde 2011 se intensifica a disputa pela liberalização da terceirização, que se manifestou em diversas instâncias do Poder Executivo e, paralelamente, do Poder Judiciário. Em 2011, o PL4330/2004, que versa sobre terceirização, volta a tramitar na Câmara dos Deputados. Se a legislação aprovada em 2017, no seio da desconstituição dos direitos do trabalho no Brasil, já autorizou a terceirização de forma irrestrita, extensível a todas as atividades e setores econômicos, a decisão do STF reforça uma interpretação liberal do ordenamento jurídico

10 Conforme escritório de Advocacia Loguercio, Beiro e Surian, há no STF cinco ações diretas de inconstitucionalidade (5.685, 5.735, 5.695, 5.686 e 5.687), ainda pendentes de julgamento. As ADI foram ajuizadas depois da entrada em vigor da Lei n°. 13.429/2017 e da Lei n°. 13.467/2017, ambas autorizando a terceirização e posteriores ao ajuizamento dos processos julgados hoje.

vigente no país. Ademais, estiveram em disputa as decisões proferidas acerca de processos anteriores às Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017. Havia cerca de quatro mil ações anteriores à lei da reforma trabalhista tramitando em diversas instâncias da Justiça do Trabalho que, agora, tendem a apresentar desfecho favorável ao empregador.

Como se afirmou, a terceirização se expande no mundo com a emergência da crise dos anos 1970 e o fim do capitalismo regulado, quando o cenário econômico marcado por incertezas, instabilidades e maior ocorrência de crises fez da flexibilização um imperativo; é uma das estratégias características desse contexto. Uma conclusão a que se chegou a partir de estudos empíricos é que, mais do que uma mudança inexorável, trazida pelo novo paradigma tecnológico, a terceirização é concebida em busca de novos patamares de custos do trabalho, mais rebaixados, mais flexíveis. Assim, se no discurso, a terceirização busca maior eficiência e modernização, a realidade de sua implementação no Brasil aponta para a desconstrução dos direitos do trabalho.

À Justiça do Trabalho e às instituições de regulação dos direitos sociais e do trabalho em geral, cabe a defesa de valores constitucionais, que, nas palavras de Delgado e Queiroz (2018), “se compromete equanimemente com a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o combate às desigualdades sociais e regionais, a justiça social, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade”.

Partindo da compreensão do direito como uma condensação material de forças (Poulantzas, 1990), questiona-se o rumo das decisões acerca do mundo do trabalho proferidas pelo STF. Em um contexto de acentuado desemprego aberto e de reforço de traços de heterogeneidade no mercado de trabalho brasileiro, a decisão

“Uma conclusão a que se chegou a partir de estudos empíricos é que, mais do que uma mudança inexorável, trazida pelo novo paradigma tecnológico, a terceirização é concebida em busca de novos patamares de custos do trabalho, mais rebaixados, mais flexíveis. Assim, se no discurso, a terceirização busca maior eficiência e modernização, a realidade de sua implementação no Brasil aponta para a desconstrução dos direitos do trabalho”.

que reconhece a constitucionalidade da terceirização irrestrita, embora soe como a defesa de uma tese jurídica abstrata, tem feitos concretos de desregulação do mercado de trabalho e de consequente aumento das desigualdades sociais no país.

Considerações finais

Buscou-se demonstrar as tendências das decisões da Justiça do Trabalho e do STF e, nesse caso, o processo de desconstrução dos direitos sociais do trabalho que as decisões do STF têm significado quando comparadas às do TST, o que evidencia a correção da tese de que o Judiciário é uma relação, ou seja, uma condensação material de forças (Poulantzas, 1990). Mesmo que a Justiça do Trabalho, via TST, venha colocando freios a uma maior flexibilização da legislação trabalhista para, no foco do estudo, limitar o uso da terceirização, posição contrária tem adotado o STF que, nos casos exemplificados no texto, tem sido lócus de regresso da tela de proteção social, desconsiderando o tenso processo de construção do Estado Social que se iniciou de forma sistemática em 1930 e se completou, com muitas dificuldades, com a Constituição de 1988 que elevou os direitos dos trabalhadores à condição de direitos sociais fundamentais e condicionou a livre iniciativa à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho.

Referências

ADPF n° 324 de 25 de agosto de 2014. *Supremo Tribunal Federal*. Brasília. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>

Ação Direta de Inconstitucionalidade n°5685 de 19 de dezembro de 2017. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5334141>.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5965 de 27 de junho de 2017. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5216509>.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5687 de 05 de abril de 2017. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5165590>

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5686 de 05 de abril de 2017. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5165589>.

Ação Direta de Constitucionalidade n° 16 de 24 de outubro de 2010. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/m3FC1G>

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1922 de 06 de outubro de 2010. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/MLwk2x>

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 de 25 de agosto de 2014. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista – AIRR nº 2012-04-11;100700-2008-373-2-0 de 11 de abril de 2012. Brasília, Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <https://goo.gl/N7jP8D>

Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>

Baltar, P. de A. (2011). *A terceirização e a Justiça do Trabalho*. Disponível em <https://bit.ly/2SC4nkz>.

Baltar, P. de A. (2013) *A terceirização e a Justiça do Trabalho: diversidades regionais*. Disponível em <https://bit.ly/2SC4nkz>.

Basualdo, V., & Esponda, M. A. (2014). La expansión de la tercerización a nivel global a mediados de los años setenta, sus antecedentes históricos y su alcance actual. Em V. Basualdo, & D. Morales (Eds), *La tercerización laboral* (pp. 19-61). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Biasaschi, M. B., Moretto, A. J., & Droppa, A. (2015). Terceirização e seus impactos sobre as relações de trabalho em pequenos negócios e sobre a morosidade na execução trabalhista. *O Social em Questão*, 1, 59-86.

Biasaschi, M. B., & Santos, A. L. (2014). A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da

construção da Súmula no 331 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 80, 19-35.

Krein, J. D. (2007). *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005* (Tese de doutoramento). IE/UNICAMP, Campinas, Brasil.

Delgado, G. N., & Dutra, R. Q. (2018). *Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada*. Disponível em <https://goo.gl/ScnQkX>

Enunciado 256 de 30 de setembro de 1986 do TST. Brasília, Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <https://goo.gl/BxvgDA>

Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em <https://goo.gl/KVrLQk>

Lei nº 13.467 de 31 de julho de 2017. Altera a consolidação de leis do trabalho. Disponível em <https://goo.gl/x98qGm>

Lei nº 9637 de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm

Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Diário Oficial da União de 22 de junho de 1993. Brasília: Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm

LEITE, M. de P. (2012) *Projeto temático Contradições do trabalho no Brasil atual. Formalização, precariedade, terceirização e regulação*. UNICAMP, Campinas, SP, Brasil.

Projeto de Lei da Câmara Federal n. 4330, de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <https://goo.gl/nwshFJ>

Projeto de Lei da Câmara Federal n. 30, de 2015. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=164641>

Poulantzas, N. (1990). *Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro, Brasil: Graal.

Recurso Extraordinário n° 958.252 de 22 de março de 2016. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/ijSpzX>

Recurso Extraordinário n° 791932 de 10 de janeiro de 2014. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/z2v9Zj>

Recurso Extraordinário n° 760931 de 05 de julho de 2013. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/k37ktG>

Recurso Extraordinário n° 590415 de 05 de julho de 2013. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/7Gvmw6>

Recurso Extraordinário n° 713211 de 15 de abril de 2013. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/mkkXuC>

Recurso Extraordinário n° 590415 de 26 de junho de 2008. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://goo.gl/rPRLzL>

Súmula 331 do TST de 1993 de 31 de maio de 2011. Brasília, Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <https://goo.gl/m3Ji4a>

Viana, M. T. (2006). *Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do direito*. Belo Horizonte, Brasil: Mimeo.