

## PÁGINA 5 FATO EM ANÁLISE

JÁ FORAM PROPOSTAS QUATRO **AÇÕES DIRETAS** DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A **LEI Nº 13.429/2017**, PENDENTES DE **JULGAMENTO NO STF**

## PÁGINA 8 VISÃO

JOSÉ PASTORE **EXPLICA** POR QUE É **IMPORTANTE FAZER** O **NEGOCIADO PREVALECER** SOBRE O **LEGISLADO**, COMO PROPÕE A REFORMA **TRABALHISTA**

LEI DA TERCEIRIZAÇÃO

## POSICIONAMENTOS DIVIDIDOS SOBRE NORMA QUE VIGORA DESDE MARÇO

MEDIDA QUER RESTABELECE O CRESCIMENTO ECONÔMICO, MAS, PARA ALGUNS, PODE COMPROMETER DIREITOS

## BREVE HISTÓRICO

## A NECESSIDADE DE ATUALIZAR AS LEIS TRABALHISTAS

EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA, O BRASIL REPENSA ALGUNS PONTOS DO SEU CONJUNTO NORMATIVO COMO FORMA DE RETOMAR A SUA ATIVIDADE ECONÔMICA. DESTACA-SE, AQUI, A NECESSIDADE DA REFORMA TRABALHISTA. EM MAIO, A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT) COMPLETOU 74 ANOS. EM QUE PESE SUA IMPORTÂNCIA HISTÓRICA, DISCUTE-SE A SUA ADAPTAÇÃO À ATUAL REALIDADE.

COM ESSA EXPECTATIVA DE RETOMADA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO, NO DIA 31 DE MARÇO ENTROU EM VIGOR A LEI Nº 13.429, QUE ALTEROU DISPOSITIVOS DA LEI Nº 6.019/1974 PARA PERMITIR A TERCEIRIZAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS EM TODAS AS ATIVIDADES DAS EMPRESAS.

DURANTE O SEU PROCESSO DE APROVAÇÃO, GANHOU ESPAÇO A DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM, JÁ QUE, ATÉ ENTÃO, A JURISPRUDÊNCIA VEDAVA ESSA OPÇÃO, SENDO APENAS PERMITIDA A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-MEIO. DIANTE DA DIVISÃO DE OPINIÕES ENTRE OS ESPECIALISTAS DA ÁREA, O VEREDICTO PROPÕE A DISCUSSÃO SOBRE OS IMPACTOS DESSA NOVA LEI PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO.

AQUELES QUE DEFENDIAM A MUDANÇA ARGUMENTAM QUE A MEDIDA MODERNIZA A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PROPORCIONA A CRIAÇÃO DE MAIS VAGAS DE EMPREGO. POR OUTRO LADO, OS CRÍTICOS APONTAM A DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE DIREITOS, COM A CONSEQUENTE FRAGILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS.

## POLÊMICA E PROMESSA DE MODERNIZAÇÃO COM LEI DE TERCEIRIZAÇÃO

A palavra “trabalho” vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura ou uma carga que pesava sobre os animais. A escravidão foi a primeira forma de trabalho, e de lá para a atual realidade, as coisas mudaram. A Constituição nacional consagra o valor social do trabalho como um dos fundamentos do Estado brasileiro e de sua ordem econômica, bem como assegura o pleno emprego como princípio geral da atividade econômica.

Interessante notar que a presença do valor do trabalho está associada à ideia de liberdade econômica na Constituição (art. 1º, inciso IV, c/c art.170). A atuação livre da iniciativa econômica é pautada pela observância dos valores sociais do trabalho. Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins ensina que: (...) *Dizer, portanto, que os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa são elementos fundamentais e que estão no art. 1º, o mais importante da Constituição, equivale a dizer que, no Brasil, temos economia de mercado, com livre-iniciativa, e que todos poderão exercer suas atividades livremente. Mas cabe aqui uma observação essencial: a livre-iniciativa, o liberalismo econômico, o capitalismo, a economia de mercado não poderão deixar de respeitar os valo-*

*res sociais do trabalho* (Conheça a Constituição – comentários à Constituição brasileira. Vol. 1, 2005).

A terceirização como uma forma de contratação de mão de obra, segundo Marcio Pochmann, ganha dimensão no Brasil desde o fim da década de 1980. Segundo ele: *Inicialmente, ela foi apresentada nas nações capitalistas centrais como imperativo econômico pelas grandes corporações transnacionais diante do esgotamento do padrão de produção fordista, acompanhado simultaneamente pela difusão de uma nova onda de inovação tecnológica e pelo enfraquecimento do poder do Estado na regulação da competição intercapitalista. (...) Contudo, na periferia do capitalismo, o avanço da terceirização significou o rebaixamento das condições de trabalho. Isso porque o setor público e as empresas privadas terminaram utilizando-se do expediente da terceirização para impor forte redução no custo da mão de obra* (Revista Fórum, 2011).

A terceirização, também chamada de “subcontratação”, “desverticalização”, “exteriorização do emprego”, entre outros termos, encontra sua origem na palavra em latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas (Sergio Pinto Martins, 2002).

Maurício Godinho Delgado define terceirização como sendo o (...) *fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente* (Curso de Direito do Trabalho, 2015).

Até a aprovação da Lei nº 13.429/2017, a terceirização era regulamentada apenas por meio da Súmula nº 331 do TST, segundo a qual: 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*; II – *A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional*; III – *Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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 nº 8.666, de 21.6.1993, 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.*

De acordo com a súmula, só se reconhecia a terceirização de atividade-meio para atividades temporárias e serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como para serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

A Lei nº 13.429 surge como umas das medidas para restabelecer o crescimento econômico brasileiro. O projeto que levou a sua criação foi apresentado pelo Executivo em março de 1998. Aprovado inicialmente na Câmara dos Deputados em dezembro de 2000, o texto foi remetido ao Senado, em que sofreu modificações e foi reencaminhado para a Casa iniciadora, em 2003. Só voltou a ser discutido diante do quadro atual de crise em que medidas são buscadas para evitar a estagnação econômica do País.

Entre as novidades da referida lei, permite a terceirização da atividade-

-fim pelas empresas privadas e pelo setor público. No que tange ao trabalho temporário, aumenta de três para seis meses o prazo máximo para sua duração, com a possibilidade de prorrogação por 90 dias.

Contudo, a alteração despertou questionamentos, inclusive sobre a constitucionalidade em relação à permissão da terceirização de atividade-meio. Isso porque, até então, diante da inexistência de uma legislação específica, o entendimento jurisprudencial era o de que a terceirização só poderia ocorrer em relação à atividade-meio.

O que muda é a possibilidade de terceirizar atividades nucleares da empresa ou, ainda, o produto e/ou serviço principal que ela fornece ao destinatário final. Gustavo Filipe Barbosa Garcia explica como sendo aquela inerente ao objeto social da empresa tomadora (contratante). Nesse sentido, passa-se a prever que a contratante pode terceirizar parcela de quaisquer de suas atividades a empresa especializada (contratada), que presta serviços determinados e específicos.

As posições são divididas sobre o tema. Para o subprocurador-geral do Ministério Público do Trabalho (MPT), o problema é que toda vez que você coloca um intermediário na relação de trabalho, haverá a tentativa de explorar para ter ganho maior. A empresa que faz intermediação (terceirizada) também quer ganhar. Além disso, não há nenhuma garantia de que o empregador não dispense o seu empregado direto e o contrate em seguida em uma empresa prestadora de serviços.

De outro lado, para o presidente da Federação Nacional dos Sindicatos de Empresas de Recursos Humanos (Fenaserhtt), Vander Morales, isso vai ser

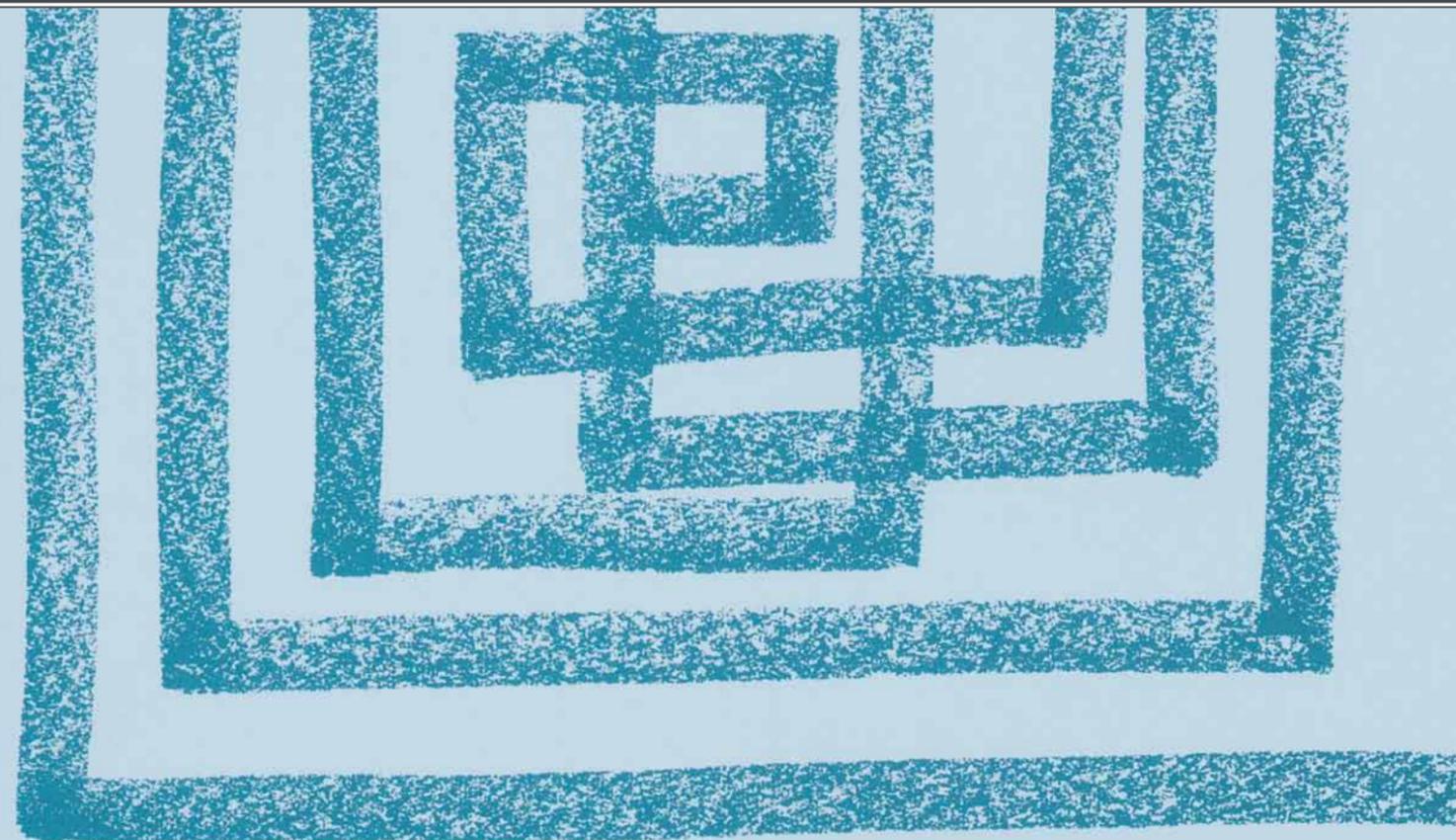
*bom para o mercado, para o próprio trabalhador. Pode resultar em maiores salários. A rotatividade vai até diminuir, porque hoje há uma insegurança. Alguns contratos são interrompidos por falta de clareza na lei.*

Um outro ponto é a questionada possibilidade da “pejotização”, considerada como forma ilegal de contratação. O que ocorre é que a pessoa não é contratada com carteira assinada, mas como pessoa jurídica. As consequências são as perdas de direitos trabalhistas garantidos nos termos da CLT, como o décimo terceiro salário.

Por outro lado, as expectativas dos empresários em relação à nova lei é a formalização da situação jurídica de alguns setores que já contratam dessa forma. A propósito, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ives Gandra da Silva Martins Filho, aponta que em um período de crise, com o aumento de encargos trabalhistas, tributários e previdenciários, a sobrevivência das empresas fica comprometida (entrevista para a *Carta Capital*, 2016).

Esclarece Luiz Carlos Amorim Robortelha que *um dos aspectos mais atraentes da terceirização vem da possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminar boa parte das operações não essenciais e liberar o capital para a aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias e em novos produtos (“Terceirização – aspectos jurídicos – responsabilidades – Direito Comparado”. Revista LTr, Vol.58, pág. 938).*

Não obstante as posições apresentadas, será necessário aguardar os resultados da sua aplicação prática, já que, diante da falta e do detalhamento da legislação, os especialistas apostam na judicialização do tema. [6]



## EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE O TEMA

NOVA NORMA DA TERCEIRIZAÇÃO É QUESTIONADA EM QUATRO AÇÕES NO STF

A origem da terceirização remonta ao período após a Revolução Industrial. A causa precursora de seu surgimento foi o crescimento da indústria automobilística.

No âmbito privado, na década de 1960 ela surgiu para a contratação de prestadores de serviços na área de segurança bancária. E, posteriormente, foi criado o Decreto-Lei nº 200, de 1967, que tratou da terceirização na administração pública.

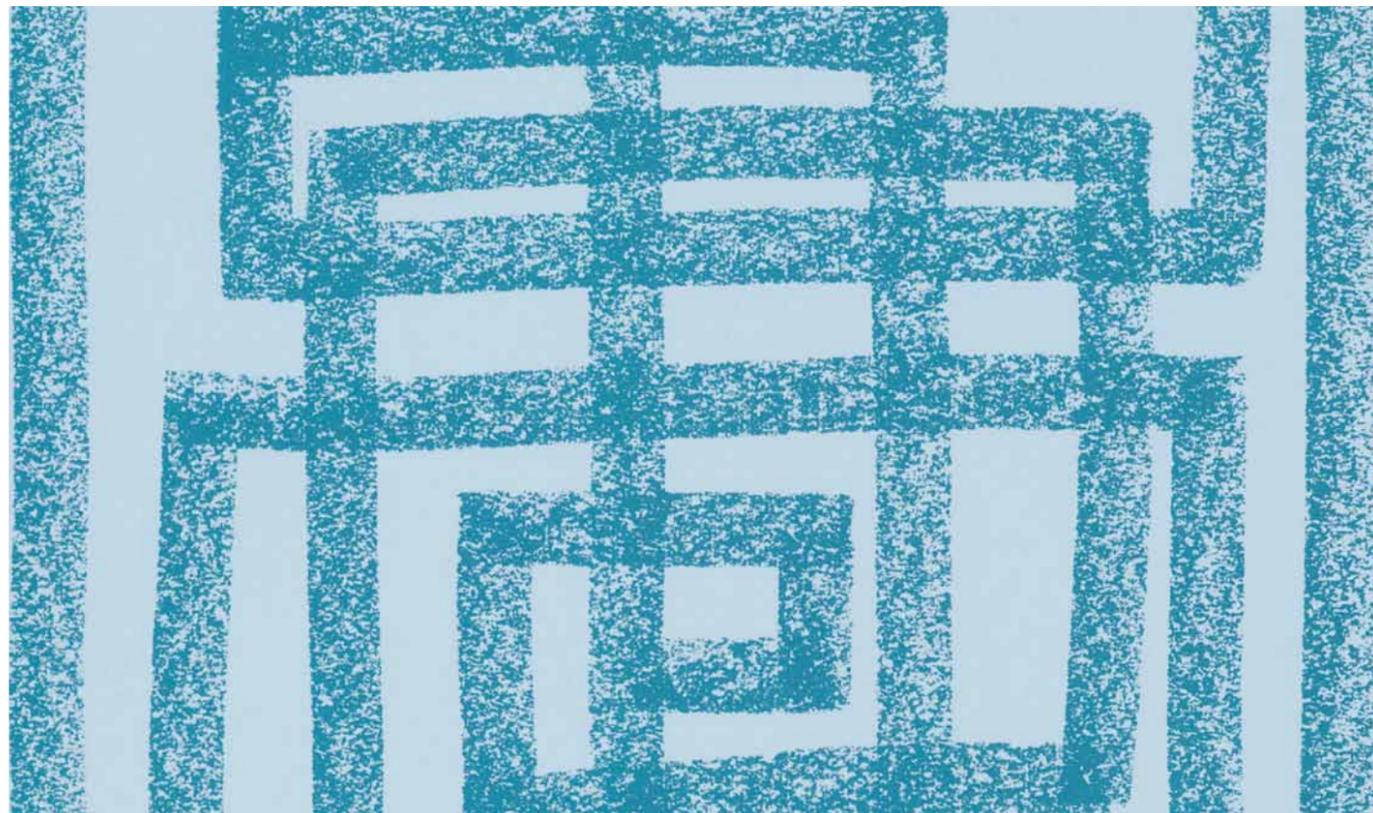
Em razão da falta de objetividade na determinação das atividades passíveis de terceirização, foi criada a Lei nº 5645 para definir quais postos de trabalho poderiam ser terceirizados, em que ficou determinado que seriam as atividades relaciona-

das com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes.

Foi com base na necessidade de criação de novas formas de contratação que surgiu a possibilidade do trabalho temporário, regulamentado pela Lei nº 6.019/1.974, agora alterada pela Lei nº 13.429/2017.

A divisão de opiniões em relação à nova lei é grande, já que ela inovou na previsão da terceirização de atividade-meio por empresas e, também, pela administração pública. Trata-se de um primeiro passo frente a reforma trabalhista que se pretende realizar com o objetivo de obter maior flexibilização desse grupo de normas.

As reformas almejadas são metas do atual governo para a retomada da vida econômica brasileira. Não é novidade o descontentamento dos empresários com a grande carga



trabalhista (além das cargas tributárias e previdenciárias) que assumem as empresas no Brasil, o que as leva, entre outras medidas, a dispensar seus empregados em tempo de crise.

Ocorre que, não obstante essa insatisfação por parte desse grupo social, os direitos assegurados aos empregados decorrem de uma sociedade desigual, dependente da Justiça Distributiva.

Estudo realizado pelo professor da faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP) Helio Zylberstajn, em que compara os salários de mão de obra terceirizada no Brasil com os dos trabalhadores contratados diretamente pelas empresas, concluiu que, de maneira geral, ocupações de baixa qualificação (como telemarke-

ting e limpeza) oferecem remunerações menores aos terceirizados. Entretanto, as ocupações de alta qualificação e que necessitam de acúmulo de capital humano específico, como P&D e TI, pagam salários maiores aos terceirizados.

Para o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Germano Siqueira, com a terceirização de atividades-fim há não só o risco de precarização, mas a possibilidade de haver clientelismo político, nepotismo. Ele explica que vai diminuir a quantidade de cargos destinados a concursos públicos. Nas escolas, isso pode acontecer com os professores. Uma companhia aérea pode terceirizar todo o seu corpo de pilotagem, na medida em que não há um limite.

Para o presidente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região - São Paulo, Wilson Fernandes, se a empresa terceiriza um trabalho, ela dispensa dez trabalhadores e contrata (por meio de uma empresa terceirizada) outros dez para fazer o trabalho daqueles, e por que ela faz isso? Porque vai sair mais barato para ela. Se vai sair mais barato para ela, de onde sai a diminuição de custo? Do salário, obviamente. Nesse sentido, ele ainda alerta para a grande maioria dos acidentes de trabalho que ocorrem com terceirizados e o seu impacto na Previdência Social: dos acidentes de trabalho no Brasil, cerca de 70% a 80% envolvem trabalhadores terceirizados. É um dado muitíssimo importante. É muito relevante porque o acidente de

trabalho não é um problema só para o trabalhador, é um problema para a Previdência Social. O trabalhador afastado tem custos para a Previdência Social, e esse dado está sendo ignorado.

Para o professor da USP e presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da FecomercioSP, José Pastore, as notícias de que a nova lei irá eliminar direitos trabalhistas, tais como décimo terceiro salário e férias, são mentirosas. Na verdade, além de manter todos os direitos atuais, a nova lei estende aos trabalhadores terceirizados proteções importantes tais como a obrigatoriedade de a empresa contratante assegurar as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada e prover a eles os serviços de atendimento médico, ambulatorial e de refeição existentes nas suas dependências. Pastore ressalta ainda que são falsas as informações de que os empregados das empresas contratadas ganham 30% menos do que os empregados das contratantes. Na realidade, as pesquisas sérias mostram que, quando se comparam empregados na mesma profissão, as diferenças salariais são irrisórias e, muitas vezes, invertidas: os empregados das contratadas ganham mais que os das contratantes, como é o caso de vigilantes, seguranças e pessoal de limpeza (ver estudos de Hélio Zylberstajn, da USP, e Roberto Ellery, da FGV).

O descontentamento com a aprovação da lei continua a despertar questionamentos. Já foram propostas quatro ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei nº 13.429/2017, sendo elas ADI 5685, ADI 5686, ADI 5687 e ADI 5695, todas pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

As teses apresentadas defendem as inconstitucionalidades formal e ma-

terial. A tese da inconstitucionalidade formal questiona o fato de o projeto ter sido colocado em pauta, apesar de parado há mais de três anos no Congresso, sem que inclusive se tivesse levado em consideração o pedido de retirada de pauta em 2003.

Já sob o aspecto da inconstitucionalidade material, preocupa-se com a adaptação da referida lei aos valores assegurados constitucionalmente, como: o princípio da proteção ao trabalho; o princípio da dignidade da pessoa humana; a consagração dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; o objetivo da República Federativa Brasileira de uma sociedade livre, justa e solidária; a proteção aos direitos humanos – ofensa às convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) –; a associação sindical livre; a preservação da função social da propriedade; entre outros.

Destacando-se a alegação apresentada na ADI 5695, sustentam que a possibilidade de terceirizar atividade-fim demonstra a abertura para a terceirização ampla e irrestrita e não somente ao trabalho temporário regulada pela Lei nº 6.019/1974. Ressaltam que a prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias.

Com isso, pode-se afirmar o desafio na interpretação da Constituição diante do modelo liberal-social de Estado que ela instituiu. De um lado, maior liberdade na forma de contratação por parte das empresas a permitir uma

redução de seus custos e, de outro, a proteção social devida ao trabalhador, como fundamento do Estado brasileiro e de sua ordem econômica.

#### TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sobre a responsabilidade, a lei determina que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços. Nesses termos, questionou-se no Supremo Tribunal Federal sobre a sua aplicação na administração pública, em que ficou determinada a vedação de responsabilidade automática da administração pública, só sendo possível sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização de contratos.

A respeito, para o deputado Laércio Oliveira (SD/SE), a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas fará com que nenhuma empresa pública nem privada vá terceirizar todas as suas atividades. Isso não vai ocorrer em hipótese alguma. O mercado vai se autorregular a tal ponto de não terceirizar tudo. Inclusive, acredita que os trabalhadores estarão mais protegidos com relação aos seus direitos trabalhistas, agora assegurado pela empresa contratante da atividade terceirizada. Ainda, acredita que poderá haver um aprimoramento dos serviços oferecidos. Explica que: De repente, o hospital quer terceirizar o serviço de enfermagem, porque existem empresas no Brasil que só trabalham com isso. A empresa prestadora disponibiliza para aquele cliente a mão de obra especializada na área. Essa diferenciação é importante para entender o projeto. [8]



## RELAÇÕES DE TRABALHO NEGOCIÁVEIS

Faz um bom tempo que defendo a ideia de se praticar no Brasil um sistema mais negocial e menos estatutário no campo trabalhista. Precisei esperar quase 40 anos para ver a aprovação do substitutivo do deputado Rogério Marinho em relação ao projeto de Lei nº 6.787/2016.

Por que é importante fazer o negociado prevalecer sobre o legislado? Porque em qualquer país é impossível estabelecer em lei todas as peculiaridades do mercado de trabalho. O que serve para os portos não serve para os bancos. O que serve para a indústria não serve para o comércio. E assim por diante.

A impotência da lei para regular as relações do trabalho se acentua com a entrada frenética de novas tecnologias nos modos de produzir. Quem poderia imaginar em 1943 (ano da CLT) que uma parte dos brasileiros faria seu trabalho em casa, no hotel ou no trem (teletrabalho)? Ou supor que os consumidores brasileiros reservariam os sábados e os domingos para fazer compras, exigindo mais funcionários nos supermercados?

Repito: não há lei capaz de proteger os trabalhadores em todas essas situações. Daí a necessidade de se praticar

**AO APROVAR A REFORMA  
TRABALHISTA, OS DEPUTADOS  
RECONHECERAM ESSA  
NECESSIDADE E ABRIRAM,  
CAUTELOSAMENTE,  
O SISTEMA ATUAL PARA  
DAR MAIS FORÇA ÀS PARTES  
PARA DECIDIR SOBRE  
VÁRIOS DIREITOS**

um sistema de relações do trabalho que seja mais negocial e menos estatutário – totalmente ancorado na lei. Ao aprovar a reforma trabalhista, os deputados reconheceram essa necessidade e abriram, cautelosamente, o sistema atual para dar mais força às partes para decidir sobre vários direitos. Além disso, contribuíram para a moralização do uso da Justiça do Trabalho ao definir regras claras para as partes e advogados entrarem com ações que sejam procedentes e bem fundamentadas.

Acredito que um fator importante na referida aprovação foi o fato de os deputados terem se sentido confortáveis diante de um projeto de lei que preservou todos os direitos atuais dos

trabalhadores. A adoção da negociação coletiva como método para fixar as proteções é de natureza voluntária. Para os que não consideram essa alternativa como útil e compensadora, basta não negociar e ficar com as proteções asseguradas pela CLT, pois ali e na Constituição Federal nada foi revogado. Esse conforto deve valer para os senadores que agora examinam o PLC 38.

De imediato, reforma trabalhista aprovada pela Câmara dos Deputados aumentará a segurança jurídica para empregados e empregadores e ajudará a reduzir o medo de empregar entre os empresários, sendo, assim, um indutor de empregos. Ao longo do tempo, criará um clima de mais confiança entre empregados e empregadores, reduzirá o número de conflitos trabalhistas, melhorará a produtividade do trabalho e tornará as empresas e a economia brasileira mais competitivas, além de renovar as lideranças sindicais e o próprio sindicalismo. [&]

*José Pastore é presidente  
do Conselho de Emprego e Relações  
do Trabalho da FecomercioSP*