

TERCEIRIZAÇÃO: O ENFRENTAMENTO PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

Cleide S. Chaves¹

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento²

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o fato de a normatização, por súmulas, sobre o tema Terceirização pelo Tribunal Superior do Trabalho implicar em desrespeito ao artigo 5º II da Constituição Federal da República do Brasil (CFRB). A controvérsia está relacionada à concretização dos direitos sociais de empregados terceirizados em atividades-fim de empresas em contraposição ao princípio da Livre Iniciativa.

Palavra chave: Terceirização. Valor Social do Trabalho. Valor Social da Livre Iniciativa.

Abstract: This article aims to analyze the fact that the regulation, for overviews on the topic Outsourcing by the Superior Labor Court imply disrespect to Article 5 II of the Federal Constitution of the Republic of Brazil (CFRB). The dispute is related to the realization of social rights of outsourced workers in similar activities of companies as opposed to the principle of Free Enterprise.

Keywords: Outsourcing. Social Labour Value. Social Value of Free Enterprise.

Introdução

O fenômeno da Terceirização impacta o conceito de empregado previsto na Consolidação das leis do Trabalho (CLT). Trata-se de verdadeira mudança nas relações de trabalho, tendo em vista a CLT não estabelecer o conceito de empregado terceirizado.

O vazio legal não impediu que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) normatizasse a matéria por súmulas. O que se pergunta é se o Tribunal Superior do Trabalho feriu o princípio da legalidade - artigo 5º II da Constituição Federal ao sumular a Terceirização? Poderia a jurisprudência estabelecer critérios de lícito e ilícito acerca da contratação de mão de obra por empresa interposta, visto que não há lei geral disciplinando a Terceirização?

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário UNISAL na linha de pesquisa Direitos sociais econômicos e culturais coletivos. E-mail: severo@adv.oab.sp.org.br

² Professora Orientadora Pós- Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra.

Essa controvérsia é objeto do presente artigo que se utilizou da jurisprudência trabalhista para focar a polêmica da legalidade das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho sobre Terceirização.

O presente estudo busca analisar o aspecto da legalidade da atuação do Tribunal Superior do Trabalho acerca da limitação da Terceirização da atividade-fim de empresa no âmbito Direito do Trabalho.

1. A valorização do trabalho humano – Artigo 170 da Constituição Federal

A Terceirização (GODINHO, 2012) é mecanismo jurídico de contratação que dissocia a relação econômica laboral da relação trabalhista correspondente. Trata-se de modelo trilateral de relação jurídica que é composto pela figura do tomador de serviços, empregado e empregador.

Ocorre que o modelo da CLT é bilateral, vale dizer, considera apenas a figura do empregado e do empregador, conforme artigo 3º da CLT que dispõe que empregado é “pessoa física que presta serviço de maneira não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Não existe a figura do intermediário.

Essa controvérsia é marcada, por um lado, pela “valorização do trabalho humano e na iniciativa privada” (SILVA, 1999, p.762), conforme disposto no artigo 170 da CFRB³ que trata da ordem econômica. Com efeito, a valorização do trabalho humano é cláusula principiológica e está ligada ao direito de todos a uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.⁴ (GRAU, 1991)

O fim da ordem econômica encontra justificativa na existência digna, quando afirma que:

[...] particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) assegura a todos existência digna -,resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores tratamento peculiar. (GRAU, op.cit.).

³ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

⁴ Justiça social, inicialmente, quer significa superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico.

Nesse ponto, “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política”. (SILVA, 1999, p.763).

A ordem econômica, por Silva (1999, p.762) “consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista” Mas, a ordem econômica deverá conferir prioridade aos valores do trabalho humano que deverão estar acima da economia de mercado, em respeito aos valores sociais do trabalho que é fundamento da ordem econômica e da própria República Federativa do Brasil, como dispõe o artigo 1º, IV da Constituição Federal.

2. O valor social da livre iniciativa – Artigo 170 da Constituição Federal

O outro lado da questão diz respeito ao princípio da livre iniciativa. Igualmente, este princípio está relacionado ao conceito de empregado/empregador descrito na CLT. Com efeito, para Grau (1991, p.221) “da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade”.

Para Silva (1999) a liberdade de iniciativa está relacionada ao livre exercício da atividade econômica.

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei. (SILVA, 1999, p. 221)

A livre iniciativa é também expressão do trabalho, no dizer de Grau (1991, op.cit.). Ainda informa que o artigo 1º IV da Constituição Federal manifesta como fundamento da República Federativa do Brasil o “valor social como afirmativa”.

Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e da livre iniciativa são basilares e irradiam todo o direito do trabalho.

3. O papel do TST em promover a tutela dos direitos sociais fundamentais do trabalhador

O Tribunal Superior do Trabalho utiliza as decisões reiteradas sobre determinados temas (ASSIS, 2011). Estas decisões são sumuladas e oficialmente reconhecidas pela jurisprudência.

Nesse contexto, a terceirização foi regradada pelas súmulas 256⁵ e 331⁶, respectivamente, consoante aos ditames da valorização do trabalho e da justiça social.

O fato é que o TST estabeleceu parâmetros sobre a terceirização dentro do critério da bilateralidade dos artigos 2º e 3º e outro da CLT. Daí o entendimento de terceirização lícita e ilícita.

A empresa terceirizada não assume o risco da atividade, apenas faz a intermediação da contratação da mão de obra. Entretanto, o artigo 2º da CLT, ao estabelecer o conceito de empregador dispõe que é aquele que assume os riscos da atividade econômica, além de contratar, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviço do empregado.

Assim, a terceirização não é alcançada pelo enquadramento jurídico de empregado e do empregador da CLT porque a força de trabalho passa à condição de mercadoria. Por consequência, a empresa interposta lucra com a venda da força de trabalho do empregado.

A par disso, o critério da subordinação é fator determinante para afirmação do responsável pelos créditos trabalhistas na relação de emprego, visto que a lei, confirmada pela súmula 256, estabeleceu ser possível a intermediação de mão de obra de atividade-meio da empresa. É o caso de serviços temporários e de vigilância, consoante as leis: Lei nº 6.019, de 03.01.1974 – serviço temporário - , e a Lei 7.102, 20.06.1983 - serviço de vigilância

⁵ Súmula 256 do TST: 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. Histórico: Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994 Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986.

⁶ Súmula nº 331 do TST. 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 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 21.06.1993, 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.

bancária. Estas leis trouxeram a possibilidade de que tais atividades pudessem ser objeto de contrato de terceirização por empresa interposta.

Segundo Godinho (2012, p.450), existe uma dualidade entre atividades-meio e atividades-fim de empresa. Esta é tida como as “atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.” Ainda, as atividades-meio, seguindo o autor, são: “aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”.

A jurisprudência do TST revelou que a Súmula 256 não contemplava o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro e 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, pelo fato de que o artigo 97⁷ considera possível a contratação de serviços de consultores técnicos por determinado período. Isso possibilitou a ampliação da terceirização pela edição da Súmula 331 e o consequente cancelamento da Súmula 256.

A Súmula 331, de certa maneira, ampliou as possibilidades de terceirização, mesmo sem uma lei geral sobre a matéria. Entretanto, foram feitas duas ressalvas: que a terceirização fosse realizada somente em atividades meio e que houvesse a garantia da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

A responsabilidade subsidiária foi contestada por entes da administração pública via Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16. Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993 - Lei de Licitações. Este dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, não poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Essa compreensão do STF não é contrária à súmula 331 do TST pelo fato de que se comprovada à atitude culposa do ente público, em especial, acerca do descumprimento da fiscalização das leis do trabalho, este deverá fazer pagamento das verbas trabalhistas não pagas ao trabalhador. Mas, a interpretação restritiva resultou no não pagamento das verbas trabalhistas para centenas de trabalhadores, pelo fato de os contratantes da mão de obra terceirizada não ter honrado com tais pagamentos.⁸

⁷ Art. 97. Os Ministros de Estado, mediante prévia e específica autorização do Presidente da República, poderão contratar os serviços de consultores técnicos e especialistas por determinado período, nos termos da legislação trabalhista.

⁸ Painel Jurídico discute aspectos da Terceirização, agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G4W40adhm0M>> Acesso em: 08 out.2015.

O histórico sumular apresentado levará à questão recorrente de descumprimento dos direitos sociais do trabalho. Esse é o ponto. A indagação é se a terceirização, no aspecto do equilíbrio de valorização social e trabalho e da liberdade da livre iniciativa, causa uma mudança significativa nas relações de trabalho?

A resposta é que a empresa continua sendo empresa. Mas o trabalhador passa a ser enquadrado no modelo trilateral da terceirização. Com efeito, há centenas de casos de trabalhadores que não recebem seus créditos trabalhistas porque as empresas terceirizadas não cumprem os direitos trabalhistas, na forma dos artigos 6º e 7º, bem como os direitos coletivos dos artigos 9º a 11 da Constituição Federal. Estas normas constitucionais possibilitam melhores condições de vida aos trabalhadores porque fixam o salário mínimo, irredutibilidade de salário, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, licença gestante, licença paternidade, e aviso prévio, participação nos lucros e outros.

As empresas buscam a redução de custo do trabalho quando terceirizam a mão de obra de sua atividade-fim. Normalmente essa mão de obra permanece em condições piores do que as dos empregados diretamente contratado. O trabalho decente⁹ é um regulador do mercado de trabalho flexibilizado para impedir a exploração, promover a segurança e a inclusão social, de acordo com os princípios de direitos fundamentais da Constituição de 1988.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) publicou documento sobre a Terceirização¹⁰ no Brasil. Este documento aponta que o Brasil elegeu o padrão predatório de terceirização porque reduz os custos por meio da exploração de relações precárias de trabalho pela subcontratação de mão de obra, contrato temporário, contratação de mão de obra por empreiteiras; trabalho em domicílio, trabalho por tempo parcial, trabalho sem registro em carteira.

O mencionado estudo relatou casos exemplificativos, extraídos de inquéritos civis e ações civis públicas ajuizadas pelo MPT, especialmente no setor da silvicultura.

O que se demonstra é que o trabalho precário caminha com a terceirização, conforme ora apontado no Caso 2 do documento do Ministério Público:

[...] Caso 2. Processo nº 00487-2002-056-03-00-9 (PRT 3ª Região).
Empresas: Plantar S/A e Plantar Empreendimentos e Produtos Florestais.

⁹ Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente. Disponível em: <<https://portogente.com.br/colunistas/carla-dieuez/plano-nacional-de-emprego-e-trabalho-decente-voce-conhece-50676>>. Acesso em 08 out. 2015.

¹⁰ Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. Terceirização de atividade-fim na Iniciativa Privada: MPT Contra Fraude nas Relações de Emprego. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/terceirizao_fim.pdf> Acesso em: 08 out. 2015.

Ramo de atividade: Silvicultura, plantação de eucalipto. Objeto Social: a) Inclui, dentre outras, as atividades de silvicultura, colheita florestal, carvoejamento, embalagens e venda de carvão vegetal (Plantar Empreendimentos e Produtos Florestais Ltda.); b) Inclui, dentre outras, atividades de silvicultura, colheita florestal, carvoejamento, embalagens e venda de carvão vegetal para uso doméstico destinado ao mercado interno e exportação, comercialização de madeiras, lenha, toretes e resíduos florestais destinados ao mercado interno e exportação (Plantar S/A). As empresas terceirizavam o desenvolvimento das seguintes atividades essenciais à sua dinâmica empresarial: florestamento e reflorestamento, e todas as etapas do processo produtivo do carvão vegetal, aí incluídos manutenção das florestas, corte, baldeio e carbonização de lenha, além do próprio transporte do carvão à sua usina de empacotamento. Eram terceirizados cerca de 200 empregados. A investigação realizada pelo MPT constatou que os trabalhadores terceirizados estavam submetidos a condições que precarizam sua força de trabalho, tais como: transporte em condições inadequadas, não fornecimento de uniformes, ausência de armários nos alojamentos, ausência de condições de conforto e higiene por ocasião das refeições, não fornecimento de colchões nos alojamentos, instalações sanitárias inadequadas, sem papel higiênico, sendo que os trabalhadores utilizavam para higiene pessoal pedaços de papelão, ausência de abrigos para proteger os trabalhadores contra intempéries, pagamento por produção, jornadas exaustivas, trabalhadores bebendo água suja extraída de riachos próximos às frentes de serviços. No âmbito da ação civil pública, foi celebrado acordo judicial homologado em 06/08/2002. Anos mais tarde, foi celebrado aditamento ao acordo judicial, homologado em 09/07/2013, no qual a empresa se comprometeu a contratar empregados em seu quadro próprio para a execução das atividades de florestamento, reflorestamento, carvoejamento, gestão florestal e prestação de serviços silviculturais, sendo vedada a terceirização dessas atividades. Além disso, foi negociado o pagamento de multa por descumprimento do acordo anterior, no valor de R\$ 1 milhão, revertido em doações de bens para instituições diversas, devidamente explicitadas no acordo. (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar). Terceirização de atividade-fim na Iniciativa Privada: MPT Contra Fraude nas Relações de Emprego¹¹.

No caso ora apresentado, a empresa do setor da silvicultura não cumpriu com os direitos básicos: como higiene e segurança do trabalho. Ainda, os trabalhadores ficavam expostos à jornada de trabalho exaustiva.

Outro ponto, é que os acordos de trabalho não são cumpridos. As empresas, quando autuadas, fazem acordos, mas, não modificam a estrutura do trabalho precário que fornecem.

A terceirização abre espaço ao trabalho análogo ao escravo. Isto porque os dados acerca de trabalhadores resgatados confirmam que no ano de 2011, no setor da construção civil, dos 14 resgates, 11 ocorreram com terceirização.

¹¹ Disponível em:<http://www.diap.org.br/images/terceirizao_fim.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

Assim, a terceirização (qualquer que seja a modalidade) tende a promover o trabalho análogo ao escravo mais do que uma gestão do trabalho estabelecida sem a figura de ente interposto. Desse modo, a terceirização está vinculada às piores condições de trabalho (degradantes, exaustivas, humilhantes, etc.) apuradas em todo o país. (FILGUEIRAS, 2013, p.8)

Ainda, diz o autor que em 2012 todos os 8 resgates, os trabalhadores eram terceirizados e foram encontrados em condições análogas a de escravo.

Outro dado é do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais¹². Estatísticas do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT) aponta para um dado estatístico de que 82% dos casos de trabalho análogo à escravidão são encontrados em 20 anos de combate ao crime, os trabalhadores eram terceirizados.

Os acidentes fatais do setor elétrico¹³ ocorreram com trabalhadores terceirizados. O estudo do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), por seus dados estatísticos permitiu concluir que existe maior risco de morte associado ao segmento terceirizado da força de trabalho.

Com relação aos acidentes fatais no setor elétrico brasileiro, a Fundação COGE tem-se mostrado bastante enfática nas colocações sobre o agravamento da situação no período pós-terceirização. No Relatório de 2006, escreve: Relembramos, por exemplo, que no ano de 1994 o setor elétrico contava com 183.380 empregados próprios e registrou a ocorrência de 35 acidentes fatais, menos da metade do valor de 2006. (...) ¹⁴ E no Relatório de 2008: Os serviços terceirizados têm influência marcante nas taxas de acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, especialmente na taxa de gravidade, tendo sido registrados 60 acidentes com consequências fatais em 2008. Esse valor, apesar de mostrar uma estabilização dos acidentes em relação ao ano anterior, (59), trata de vida humana que sabemos não ter preço, continuando muito alto se comparado às 15 ocorrências de acidentados de consequência fatal com empregados próprios (...) Cumpre observar, especialmente, o processo de terceirização das atividades no setor e naquelas de maior risco, iniciado em 1995¹⁵.

¹² Democracia e mundo do trabalho, 27/08/2015. Disponível em: <<http://www.dmtemdebate.com.br/dos-trabalhadores-em-situacao-analoga-a-escravidao-82-sao-terceirizados/>> Acesso em: 08 out. 2015.

¹³ Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro, estudos e pesquisas n 50 – março de 2010, disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>> Acesso em: 08 out.2015.

¹⁴ Fundação COGE. Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2006. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>> Acesso em: 08 out. 2015.

¹⁵ Fundação COGE. Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2008. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>> Acesso em: 08 out. 2015.

Os exemplos trazidos informam que a jurisprudência do TST, tem decidido questões ligadas à precarização do trabalho. Ademais disso, persiste a orientação sumular da terceirização lícita e ilícita, em observância aos direitos sociais, previstos no artigo 6º e 7º, ambos, da Constituição Federal e artigos 2º e 3º da CLT.

4. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral em matéria de terceirização

A ausência de lei geral sobre a terceirização de atividade-fim impediria a aplicação da atual Súmula 331 e a já cancelada Súmula 256 pelo TST? Esta questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal – STF, por Recurso Extraordinário, cuja repercussão geral foi acolhida, ora destacada:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. OMISSÃO. DISCUSSÃO SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DAR SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 2. O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima. (STF - ARE: 713211 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 01/04/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 14-04-2014 PUBLIC 15-04-2014)

A questão objetiva verificar a existência de ofensa direta ao texto constitucional – artigo 5º, inciso II - que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em outras palavras, se não há lei proibindo a Terceirização de atividade-fim de empresa, esta é permitida...

O Ministro Fux, no referido acórdão nº 713211, entendeu que o regramento da terceirização pelo TST, em tese, poderia significar um limitador da atuação da livre iniciativa, em razão de que não existe lei geral limitando ou proibindo a terceirização das atividades-fim da empresa.

É importante observar que a atuação do juiz não é o de aplicador da lei, mas do direito. Assim, o judiciário ao aplicar o direito deve observar os Princípios Constitucionais porque o direito é um sistema de princípios e regras e por isso a literalidade da lei não é mais aplicada da mesma forma que ocorria no século XIX.

O Princípio da Livre Iniciativa, como apontado nesse trabalho, não deve sobrepor ao Princípio do Primado do Trabalho e os ditames da justiça social, porque está consagrado como fundamento da República.

O Tribunal Superior do Trabalho, em outra situação, também decidiu sem previsão de lei específica, acerca da reintegração de portador de vírus HIV sem haver previsão legal de garantia de emprego. A tendência da jurisprudência foi a de reconhecimento da ilicitude da dispensa discriminatória dos trabalhadores portadores de HIV, nos termos da Súmula 443.¹⁶ (ASSIS, 2011)

O autor pondera, que nesse sentido, o TST, mesmo antes da Constituição de 1988, já desenvolvia a aplicação das súmulas. É o caso da súmula n.º 291¹⁷, sobre horas extraordinárias, que instituiu indenização não prevista em lei. Ainda, vários outros temas foram sumulados sobre trabalho bancário, direito processual, natureza de verbas.

A análise possível é que as súmulas funcionariam como “atos-regra incidentes sobre situações futuras semelhantes.” (ASSIS, 2011, p.139)

Não se fala em força vinculante, mas em força persuasiva.

A conclusão é que a Justiça do Trabalho, especificamente o TST, sempre realizou a aplicação de súmulas, mesmo nos casos em que não havia previsão legal específica, como já

¹⁶ SÚMULA 443. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

¹⁷ SÚMULA n.º 291 do TST. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

mencionada, o caso da reintegração dos portadores de HIV. O que se vê é a interpretação sistemática acerca dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humanas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Superior do Trabalho não excedeu os limites de sua competência quando do regramento sumular da terceirização. Os artigos 2º e 3º da CLT, bem como os artigos 6º e 7º da CFRB revelam que não existe um vazio legal a respeito da edição e aplicação das Súmulas 256 e 331, ambas do TST. A justiça do trabalho cumpre com a realização do Direito do Trabalho, sob o ponto de vista da justiça social, pela aplicação do trabalho decente.

O conceito de trabalho decente leva em conta a criação de postos de trabalho dentro dos preceitos ligados à dignidade da pessoa humana e à relação de emprego no modelo bilateral, ressalvada a legislação específica sobre atividade-meio.

A aplicação da lei trabalhista estabiliza as relações de trabalho em termos da superação das injustiças, especialmente, no aspecto da repartição do produto econômico entre empregados e empregadores. Isso fica bastante claro quanto ao fato de as empresas buscarem redução das garantias trabalhistas, conforme exemplificado.

O Tribunal Superior do Trabalho ao editar as Súmulas 256 e 331, respectivamente não feriu o artigo 5º, II da Constituição Federal porque os artigos 2º e 3º, na ordem, da CLT consolidaram o regramento de empregado e empregador.

Ademais disso, é ilícito comercializar a mão de obra trabalhadora para obtenção de lucro. Nesse ponto, as súmulas sobre Terceirização têm um sentido persuasivo de concretizar o Princípio Constitucional da Valorização Social do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luis Fabiano de. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da UPS, 2011, São Paulo. Disponível em: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Advocacia/Meus%20documentos/Downloads/Tese_completa_Luis_Fabiano_de_Assis_2932192.pdf. Acesso em: 08/10/2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 set.2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11ª edição, São Paulo, 2012, LT.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988. (interpretação e crítica)** São Paulo, 1991, ISBN: 85-203-0928-3.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?**
<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>. Acesso em 08/10/2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed.- São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPIOT, Alain. **Lei e trabalho. Um mercado mundial de regras**. Disponível em: <
http://www.newleftreview.org/article/download_pdf?language=pt&id=2618>. Acesso em 14/04/2015.