

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RAFAEL CARDOSO SANTANA

**A LEGALIDADE DA RESTRIÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO
MEDIANTE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO DE TRABALHO**

Recife
2020

RAFAEL CARDOSO SANTANA

**A LEGALIDADE DA RESTRIÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO
MEDIANTE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO DE TRABALHO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Fábio Menezes de Sá
Filho

Recife

2020

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Santana, Rafael Cardoso.

S2321 A legalidade da restrição à terceirização mediante cláusula de instrumento coletivo de trabalho / Rafael Cardoso Santana. - Recife, 2020.

45 f.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2020.

Inclui bibliografia.

1. Terceirização. 2. Instrumento coletivo do trabalho. 3. Legalidade.
I. Sá Filho, Fábio Menezes. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III.
Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2022.1-360)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RAFAEL CARDOSO SANTANA

**A LEGALIDADE DA RESTRIÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO MEDIANTE CLÁUSULA
DE INSTRUMENTO COLETIVO DE TRABALHO**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

RESUMO

O presente estudo analisa a possível restrição à terceirização mediante previsão em cláusula de instrumento coletivo de trabalho. Tal análise mostra-se necessária em função de ações ajuizadas pelas empresas que prestam serviços terceirizados, pleiteando a nulidade de tais cláusulas, alegando afronta ao princípio da livre concorrência, por restringirem sua liberdade de contratar. Tem-se, como objetivo geral, aprofundar o estudo acerca da validade de certas cláusulas de instrumento coletivo de trabalho. Assim, este trabalho almejou verificar a legalidade de tais cláusulas mediante análise da legislação regente da matéria, ensinamentos doutrinários, bem como decisões judiciais. Utiliza-se uma metodologia descritiva para atingir os objetivos desta pesquisa, mediante levantamento de decisões, doutrina e legislação. Ao final do estudo, conclui-se pela legalidade delas, tendo em vista que os instrumentos coletivos em que constam tais cláusulas foram celebrados de acordo com os requisitos de validade do negócio jurídico, bem como não se identifica afronta ao princípio da adequação setorial negociada, além do que a negociação coletiva dever ser utilizada como forma de proteção aos empregados e aos indivíduos que, indiretamente, sofram seus reflexos.

Palavras-chave: Terceirização. Instrumento Coletivo de Trabalho. Legalidade.

ABSTRACT

The present study analyzes the possible restriction to outsourcing by means of a provision in the collective work clause. Such analysis is necessary due to lawsuits filed by companies that provide outsourced services claiming the nullity of such clauses, alleging an affront to the principle of free competition, as they restrict their freedom to contract. The general objective is to deepen the study on the validity of certain clauses of a collective work instrument. Thus, this work verifies the legality of such clauses by analyzing the legislation governing the matter, doctrinal teachings, as well as judicial decisions. A descriptive methodology is used to achieve the objectives of this research, through survey of decisions, doctrine and legislation. At the end of the study, it is concluded that these clauses are legal, considering that the collective instruments in which these clauses are included were concluded in accordance with the requirements of validity of the legal business, as well as there is no identification against the principle of negotiated sectoral adequacy in addition to collective bargaining should be used as a way of protecting employees and individuals who, indirectly, suffer their reflexes.

Keywords: Outsourcing. Collective Work Instrument. Legality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E DAS NORMAS JURÍDICAS CORRELATAS	9
2.1	Da conceituação e dos argumentos críticos sobre a existência da terceirização de serviços	9
2.2	Da contextualização do instituto da terceirização no âmbito internacional .	12
2.3	Do instituto da terceirização de serviços e sua legislação aplicável no Brasil	14
2.3.1	A terceirização antes da Reforma Trabalhista	15
2.3.2	A terceirização após a Reforma Trabalhista	19
3	DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO E SUAS CARACTERÍSTICAS	23
3.1	Dos conflitos coletivos de trabalho e suas formas de solução	23
3.2	Da convenção e do acordo coletivo de trabalho	25
3.2.1	Da autonomia privada coletiva.....	25
3.2.2	Do conceito e funções da negociação coletiva	25
3.2.3	Dos limites à celebração de convenções e acordos coletivos	26
3.2.4	Das principais características das normas coletivas de trabalho	27
3.3	Da sentença normativa	29
3.4	Da sentença arbitral.....	32
4	DA VIABILIDADE DE RESTRIÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO MEDIANTE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO DE TRABALHO	35
4.1	Do conflito entre normas constitucionais	35
4.2	Da análise das decisões judiciais acerca da legalidade de cláusulas restritivas de terceirização	35
4.3	Da legalidade das cláusulas de instrumento coletivo restritivas de terceirização	38
5	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2017 foi de suma importância para o Direito do Trabalho Brasileiro. As diversas alterações legislativas pela qual passou esse ramo do Direito alteraram sobremaneira as relações laborais no Brasil. Dentre as principais, pode-se elencar a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, e a Lei nº 13.429/2017, que alterou a disciplina da terceirização no ordenamento jurídico nacional. Tais alterações, em virtude da maior importância dada à negociação coletiva com a Reforma Trabalhista, acabaram por trazer à tona antigos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Um desses debates ocorre quando patrões e empregados, após regular negociação coletiva, decidem por restringir ou mesmo impedir a contratação de trabalhadores terceirizados naquele específico mercado de trabalho. Uma vez finalizada a negociação coletiva e inserida tal cláusula no respectivo documento, é de se esperar que a mesma fosse cumprida durante o prazo de validade de seu instrumento.

Entretanto, o que se vê são ações judiciais pleiteando a anulação desse tipo de cláusula por parte das empresas que prestam serviços terceirizados, sob o argumento de que fere dispositivo constitucional, inclusive, para o presente estudo, como será visto adiante, traz-se o argumento de suposta violação ao princípio da livre concorrência. Nesse diapasão, tem-se verdadeiro conflito entre normas constitucionais, haja vista o aparente choque entre a livre concorrência e a autonomia coletiva das partes.

Inicialmente, as principais ações relativas a esta questão versavam sobre instrumentos coletivos firmados entre o sindicato das empresas de imóveis e o sindicato que representa empregados em condomínios. Os termos foram questionados por entidades de classe da categoria de asseio e conservação, que também abrangem terceirizados, alegando que tais cláusulas prejudicariam os trabalhadores do setor. A problemática exposta possui importância ímpar pelo fato de sua potencial expansão para outros setores do mercado de trabalho, tendo em vista que tais cláusulas podem ser negociadas em instrumentos coletivos de outras categorias profissionais.

Há de se registrar ainda, para reforçar a importância da temática aqui exposta, que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio de sua Seção de Dissídios Coletivos (SDC), em 2 (duas) oportunidades distintas que teve de discutir tal questão, prolatou decisões divergentes sobre o tema, ora determinando a anulação de tais cláusulas, prevalecendo a vedação à livre concorrência, ora validando-as, respeitando a tese da autonomia da vontade coletiva das partes.

No contexto apresentado, busca-se responder à seguinte questão: pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível que cláusula de instrumento coletivo de trabalho restrinja a terceirização de alguma forma?

Uma provável hipótese para o problema exposto é que, com base em disposições constitucionais, é possível tal restrição, tendo em vista que a negociação coletiva deve ser utilizada como forma de proteção aos empregados, visando à melhoria da sua condição social. Dessa maneira, o princípio da autonomia privada coletiva, conjugado com os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, permite que o sindicato dos trabalhadores e o dos empregadores celebrem cláusula de convenção coletiva que priorize relação de emprego contratada de forma direta, vedando qualquer hipótese de terceirização, inclusive em atividade-meio.

No intuito de delimitar a abordagem aqui apresentada, define-se como escopo geral desta pesquisa aprofundar os estudos sobre a validade de determinadas cláusulas dos contratos coletivos. Para tanto, é salutar o cumprimento de 3 (três) objetivos específicos que culminam, necessariamente, no atingimento do objetivo principal deste trabalho, sendo eles: discorrer sobre a terceirização de serviços após as recentes alterações normativas; apresentar espécies de instrumentos coletivos de trabalho; e analisar a viabilidade jurídica de se restringir a prestação de serviços terceirizados por instrumento coletivo de trabalho.

Para essa análise, faz-se uma pesquisa do tipo descritiva, mediante a técnica de pesquisa bibliográfica, baseada na análise da legislação trabalhista regente da matéria, de ensinamentos doutrinários e de decisões judiciais. Para tal estudo, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, por meio do qual se tenta tornar falsa a hipótese anteriormente citada e, caso não se consiga, restará provada sua pertinência.

No primeiro capítulo, é exibida uma contextualização do fenômeno terceirizante no Brasil e em outros países, o que se faz necessário para se

compreender o estágio atual da terceirização. Nessa etapa, serão detalhados, ainda, o conceito de tal instituto e os argumentos daqueles que são favoráveis e contrários à sua utilização no mercado de trabalho. Em seguida, de suma importância para este trabalho, analisam-se as recentes alterações normativas relativas à terceirização e as mudanças que estas ocasionaram no ordenamento jurídico trabalhista.

No segundo capítulo, apresentam-se as características dos principais instrumentos coletivos de trabalho, a saber: acordo coletivo, convenção coletiva, sentença normativa e a sentença arbitral. Nesse ponto, a pesquisa volta-se a um enfoque mais analítico ao listar características desses instrumentos, tais como seu conteúdo, sujeitos aptos a sua celebração, prazos de vigência, dentre outros. Tem-se que tais fatores são essenciais para o cumprimento do objetivo geral da pesquisa.

Por fim, o terceiro capítulo analisa, dadas às peculiaridades dos instrumentos coletivos apresentados, se é viável, do ponto de vista jurídico, se restringir ou mesmo impedir a terceirização de serviços mediante cláusulas apostas nestes documentos. Dessa forma, a pesquisa irá analisar a viabilidade ou não de tal restrição, apontando se a cláusula de determinado instrumento coletivo é válida neste caso, valendo-se da autonomia da vontade coletiva das partes, ou se deve ser considerada nula, prevalecendo a tese da vedação à livre concorrência.

2 DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E DAS NORMAS JURÍDICAS CORRELATAS

Tendo em vista que as cláusulas de instrumento coletivo de trabalho objeto de pedidos de anulação restringem de alguma forma a terceirização, torna-se imprescindível analisar este instituto, de forma a se definir seu conceito, argumentos favoráveis e contrários à sua utilização, análise de sua incidência em outros países, bem como se analisar a legislação regente da matéria no ordenamento jurídico nacional.

2.1 Da conceituação e dos argumentos críticos sobre a existência da terceirização de serviços

A terceirização é fenômeno com origem nas ciências da administração, nascida da necessidade de redução de custos por parte dos detentores do capital. Por meio deste fenômeno, ao invés da clássica relação bilateral entre empregado e empregador, forma-se um vínculo jurídico triangular, do qual são participantes o tomador de serviços, aquele que efetivamente irá se apropriar da mão de obra alheia, a empresa prestadora, a qual é a efetiva empregadora dos respectivos trabalhadores, e o empregado, que irá laborar em favor de determinado beneficiário (pessoa tomadora ou contratante).

Dessa forma, o vínculo empregatício é formado entre empresa prestadora e seus respectivos funcionários, e não entre estes com o tomador de serviços. A esse respeito, para Delgado (2019, p. 540), a “[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”.

Há de se ressaltar que podem ser distinguidas 2 (duas) formas de terceirização, a saber, a interna e a externa. Para Viana (2017, p.19), enquanto na forma externa a pessoa tomadora busca repassar para terceiros parte ou até mesmo a integralidade das etapas do ciclo de produção, na interna a intenção é trazer para dentro da sede do contratante trabalhadores ligados pelo vínculo empregatício com outras empresas (prestadoras). Assim, enquanto a externa liga-se mais de perto à questão da existência ou não de grupo econômico, a interna resultou na elaboração da Súmula nº 331 do TST, como será visto.

Desse modo, na terceirização, o vínculo empregatício se forma com o empregador aparente (empresa prestadora de serviços), desde que seja lícita, ou seja, nos casos previstos na legislação, bem como quando não estiverem presentes em tal relação jurídica os requisitos da subordinação jurídica, habitualidade, onerosidade e pessoalidade diretamente perante a pessoa tomadora. Caso contrário, como será detalhado mais adiante, o vínculo de emprego será formado com o tomador dos serviços, ou seja, com o real beneficiário, não se formando este vínculo apenas se o tomador for ente da Administração Pública, em razão da necessária prévia aprovação em concurso público por expresse mandamento constitucional.

Como haverá de ficar claro no decorrer deste estudo, a terceirização precariza a condição de trabalho do profissional não apenas no que se refere aos salários, mas também no que concerne às diversas vantagens que com o tempo vão se incorporando ao patrimônio jurídico do trabalhador seja por meio da celebração de instrumentos coletivos ou decorrentes de regulamento empresarial. Além disso, traz prejuízos ao correto enquadramento sindical do funcionário, tendo em vista que tal não será feito de acordo com a atividade-fim do tomador de serviços e sim com a da empresa prestadora que mantém o vínculo empregatício com o labutador.

Muito se discute acerca da necessidade ou não da existência da terceirização no mundo contemporâneo, havendo opiniões e argumentos favoráveis e contrários. Aqueles que são favoráveis argumentam que a terceirização traz a modernização da atividade empresarial com a redução de custos e o aumento da produtividade com a criação de novos métodos de gerenciamento dos meios de produção.

Com o desenvolvimento tecnológico proporcionado nos anos de 1970, ocorreram mudanças nas relações de trabalho que levaram às discussões quanto a conveniência de se manter a clássica estrutura bilateral do vínculo de emprego. Dessa forma, baseando-se ainda no neoliberalismo, o empresário precisaria se adequar à realidade, substituindo a contratação por tempo indeterminado pela temporária.

Isso posto, em virtude dessas alterações vividas pelo mundo empresarial, o Direito deveria acompanhar tais modificações, para formalizar o que ocorre na prática, tendo em vista que a contratação de trabalho terceirizado já existe

há bastante tempo no Brasil. Argumentam ainda a insegurança jurídica em virtude da falta de sua regulamentação.

Por outro lado, de forma geral, os argumentos contrários referem-se à redução de direitos por parte dos trabalhadores terceirizados em comparação com os empregados do tomador de serviços. A recente Reforma Trabalhista, como ficará claro neste trabalho, veio para confirmar essa redução de direitos. A esse respeito, ademais, é possível ser defendido que, *in verbis*:

A terceirização não resiste aos fundamentos do Direito do Trabalho, mostrando-se incongruente com a ordem constitucional do trabalho, com o princípio do não retrocesso social, com a concepção de trabalho decente e com os objetivos da OIT que não admitem a ideia do trabalho humano como mercadoria (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 455).

Além disso, os críticos citam também o fato de que os terceirizados estão mais sujeitos a acidentes de trabalho em comparação com os empregados efetivos. Para exemplificar, de acordo com Coutinho (2014, p. 230), durante as obras dos estádios para a copa do mundo de 2014, dos 12 (doze) trabalhadores mortos, 11 (onze) eram terceirizados. Ainda no que tange à redução de direitos, segundo CUT (2014, p. 14), trabalhadores terceirizados possuem remuneração cerca de 25% (vinte e cinco por cento) menor e laboram até 3 (três) horas a mais que os profissionais contratados de forma direta.

Por não ter a mesma cobertura da legislação trabalhista usufruída pelos empregados contratados diretamente pelo respectivo tomador, cria-se ainda uma relação de clientelismo entre contratante e contratado, bem assim o capital humano pode ser desprezado a ponto de se estar diante de uma prestação de serviços degradante, insegura e/ou insalubre, fenômeno conhecido como “coisificação” do trabalhador, de forma a se reviver semelhante situação observada no início da Revolução Industrial.

Em outras palavras, os verdadeiros beneficiados pela terceirização serão os tomadores de serviço detentores do capital, que obterão mais lucros em detrimento dos supracitados direitos pertencentes à grande massa trabalhadora.

2.2 Da contextualização do instituto da terceirização no âmbito internacional

O fenômeno terceirizante não se iniciou de maneira simultânea em todo o mundo, de modo que cada país ou região apresentou suas peculiaridades que proporcionaram o surgimento deste instituto. De forma geral, teve início no ocidente, a partir da crise do Estado de bem-estar social e o conseqüente nascimento de ideias liberais que iriam desembocar no neoliberalismo, com o objetivo de restringir os direitos individuais e sociais trabalhistas afirmados pelo Constitucionalismo Humanista e Social elaborado na Europa, logo em seguida ao término da Segunda Grande Guerra. Numa abordagem mais específica, segundo Carvalho (2017, p.9), a terceirização tem o seu marco inicial histórico no apogeu do liberalismo econômico. Na Segunda Guerra Mundial esta estratégia foi essencial para suprir a demanda no setor bélico. Era necessária a criação de um sistema de produção mais rápido e eficiente, foi então introduzida uma descentralização, as atividades não essenciais à produção de armamentos, estas foram transferidas para outras empresas.

Assim, atividades que antes eram realizadas pelas empresas passaram a ser delegadas a outras companhias prestadoras de serviços, com o intuito de se obter uma produção mais eficiente e ser possível focar no desenvolvimento interno. Os grandes empregadores precisavam se concentrar para se manterem dentro do mercado de forma efetiva, necessitando de um foco interno, e acabaram descobrindo outros caminhos que viabilizassem o aumento de sua eficiência produtiva.

No Japão, berço do toyotismo, foi um dos primeiros países a implantar a terceirização. A crise de 1949 obrigou as empresas a reformularem seus modos de produção e a solução encontrada foi justamente a especialização da fábrica, deixando atividades específicas sob responsabilidade dos subcontratados.

De acordo com Viana (2017, p.46), no Japão, a terceirização existe há décadas, estando dividida em diversos níveis, classificados em função da maior ou menor liberdade que a empresa contratante dá à contratada, sendo que, mesmo com um grau maior de autonomia, a relação é sempre de rígida hierarquia. Se a empresa terceirizada se mostra produtiva, os contratos podem se tornar eternos, podendo até mesmo receber um pagamento extra caso apresente alguma inovação. Se, entretanto, a empresa se atrasa na encomenda ou se mostra pouco flexível às

exigências do mercado, passa a receber demanda cada vez menor até chegar ao ponto em que o contrato simplesmente não é renovado.

Já no Brasil, a legislação pátria tardou a regular esse instituto, em função de, principalmente no início do desenvolvimento industrial nacional, ter predominado a relação bilateral firmada entre empregado e empregador. Apenas na década de 1970, quando o capitalismo buscava meios de reduzir os custos de produção, passou-se a regular a terceirização ainda que de forma incipiente, até chegar à década de 1990 com a Súmula nº 331 do TST, conforme será melhor detalhado adiante.

Na França, de acordo com Carvalho (2017, p.19), país de índole historicamente liberal, a terceirização é utilizada principalmente com intuito de maximização de lucros mediante a transformação do que seriam custos fixos com a remuneração de empregados efetivos em custos variáveis, adaptáveis de acordo com a demanda pelos produtos e serviços. De forma similar ao tratamento dado à terceirização no Brasil por meio da Súmula nº 331 do TST, na França também é realizada distinção entre o que seria atividade-meio e atividade-fim, mas sem o mesmo tratamento jurídico contido na referida Súmula, considerada a legislação mais flexível, em virtude do citado histórico liberal da sociedade francesa.

Já na Espanha, tal como no Brasil, a contratação de pessoas por empresa interposta é, em princípio, ilícita, ocasionando a responsabilidade solidária da contratante. Havendo a ilicitude na subcontratação, é possível a formação de vínculo diretamente com o tomador dos serviços, porém, este será formado mediante opção do trabalhador, fazendo jus aos mesmos direitos atribuídos aos empregados da tomadora. Apesar das semelhanças citadas, o trabalhador espanhol possui uma proteção maior em comparação com o brasileiro, em virtude de o citado país ter ratificado a Convenção nº 158 da OIT, impedindo a dispensa injustificada (SILVA FILHO, 2017, p. 46).

Ao se analisar a situação do México, percebe-se que o mesmo presenciou no ano de 2012 uma reforma trabalhista com o intuito de, dentre outros temas, regular a terceirização. De acordo com o art. 15-A da Lei Federal do Trabalho, a terceirização não poderia abranger todas as atividades desenvolvidas pela tomadora, justificando-se por seu caráter especializado, não podendo compreender tarefas iguais ou similares às desenvolvidas pelos empregados da contratante, de forma semelhante ao que assevera a Súmula nº 331 do TST. Além

disso, a utilização da subcontratação como forma de intermediação de mão de obra implica o estabelecimento de vínculo direto com a contratante (SILVA FILHO, 2017, p. 46).

Por fim, na Alemanha, segundo Silva Filho (2017, p. 44), a terceirização de atividade permanente não encontra barreiras legais, mas também não há uma definição no texto normativo. O entendimento é de que se refere à delegação de atividades não nucleares da produção, atividades acessórias, a empresas especializadas em sua execução. O conceito se aproxima bastante à noção que se tem no Brasil de atividade-meio. Assim sendo, a empresa pode se concentrar em suas atividades principais, que são as atividades-fim. Contudo, no modelo germânico, a prática somente é admitida em regime de trabalho temporário, garantindo-se ainda a isonomia tanto nas condições profissionais quanto na remuneração em relação aos empregados da tomadora.

Com a referida análise superficial da terceirização no Direito estrangeiro, pode-se concluir que é um método com diferentes tratamentos jurídicos e que as referidas nações, em geral, aparentam atribuir licitude a tal instituto com as mitigações analisadas. Assim, como se pode observar, não existe uniformidade acerca da aceitação da terceirização na legislação estrangeira.

2.3 Do instituto da terceirização de serviços e sua legislação aplicável no Brasil

Como anteriormente exposto, apenas na década de 1970, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever uma hipótese de terceirização, sob a alcunha de trabalho temporário urbano, uma forma de terceirização transitória ao contrário do formato permanente hoje em dia tão comum. Dada a importância da Reforma Trabalhista para o fenômeno da terceirização, passa-se a analisar este instituto no ordenamento jurídico Brasileiro em 2 (dois) momentos distintos, quais sejam: antes e depois da referida reforma.

2.3.1 A terceirização antes da Reforma Trabalhista

Em virtude de a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ter sido promulgada nos anos de 1940, era de se esperar que a mesma não trouxesse regras sobre a terceirização, instituto que, como visto, iniciou apenas nos anos de 1970. Entretanto, a legislação consolidada, ainda que timidamente, previu uma forma de subcontratação de mão de obra na figura da subempreitada. Após isso, pode-se dizer que a primeira figura mais similar à terceirização se iniciou no segmento público por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, que trazia a obrigatoriedade de a Administração, com o objetivo de impedir o crescimento descontrolado da máquina pública, se focar nas atividades de planejamento e coordenação, transferindo a execução das outras atividades rotineiras para a iniciativa privada mediante contrato.

Em seguida, com o objetivo de elencar quais atividades poderiam ser objeto de execução indireta por parte do poder público, a Lei nº 5.645/1970 listou quais atividades poderiam ser transferidas à iniciativa privada, sendo estas aquelas relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. Ademais, percebe-se, pelo uso da expressão “outras assemelhadas”, que se trata de rol meramente exemplificativo, não se podendo excluir outras atividades. Entretanto, a referida Lei nº 5.645/1970, ao enumerar as atividades, inaugurou um limite à terceirização, o qual vigoraria até a aprovação da Reforma Trabalhista, que foi a permissão de isto ocorrer apenas nas chamadas atividades-meio do tomador de serviços.

Outrossim, a terceirização no mercado privado iniciou-se com a permissão para o trabalho temporário e o labor de vigilante bancário. A Lei nº 6.019/1974 ao prever o trabalho temporário urbano inaugurou a alteração do clássico modelo de relação laboral entre empregado e empregador. Entretanto, há uma mitigação de eventuais prejuízos sofridos pelo profissional contratado, tendo em vista tratar-se de vínculo de trabalho temporário de curta duração, ou seja, a condição precária é justamente em virtude de o serviço não se desenvolver de forma permanente, o que permite inclusive não haver a necessidade de se indenizar o funcionário pelo término contratual pelo mero decurso de prazo.

Já a Lei nº 7.102/1983 trouxe a primeira autorização para se terceirizar serviços de modo permanente, ao permitir a contratação de vigilante bancário

terceirizado, possuindo, porém, efeitos pouco significativos no mercado de trabalho brasileiro, tendo em vista a alta especialização da categoria afetada por este conjunto normativo.

Em que pese os freios estabelecidos na terceirização pela legislação anteriormente citada, as empresas expandiram sobremaneira sua utilização, muitas vezes extrapolando os citados limites. Esse fato aliado à falta de uma legislação específica sobre a terceirização fez com que a jurisprudência trabalhista nacional se debruçasse sobre este assunto, aprovando enunciados de súmula que deveriam impor os limites necessários. Trata-se das Súmulas nº 256 e 331 do TST.

A Súmula nº 256 do TST taxava como ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, de modo que nesta situação se formaria o vínculo diretamente com o tomador de serviços. Além disso, excepcionava apenas os casos já citados de trabalho temporário e do vigilante bancário. Apesar de tal verbete sumular preservar a ideia de terceirização apenas em atividades-meio do tomador, seu caráter aparentemente exaustivo dificultava sua efetiva utilização no meio laboral, de forma que se fazia necessária o uso de um modelo não tão fechado como constava na referida súmula. Ao se revisar o verbete sumular para se implementar as mudanças citadas, o TST aprovou a Súmula nº 331.

Tal enunciado veio para corrigir a Súmula nº 256, em atenção às diversas críticas devidas ao seu rol limitado de atividades passíveis de terceirização. Em seu núcleo, a Súmula nº 331 mantinha as disposições da anterior, inovando ao utilizar a expressão “serviços especializados ligados à atividade meio do tomador”, o que denota seu alcance exemplificativo a respeito de quais atividades poderiam ser terceirizadas.

Dessa forma, se mantinha a proteção ao trabalhador, porquanto apenas atividades acessórias das empresas poderiam ser terceirizadas, bem como possibilitava mais flexibilidade aos empresários, o que demonstrou não ser mais necessário constar explicitamente quais serviços poderiam ser terceirizados, em virtude do grau de generalidade que o referido rol exemplificativo trouxe, ao menos, para as atividades-meio. Tal súmula inaugurou também a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, caso houvesse o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, o qual é a empresa fornecedora de mão de obra terceirizada.

Além disso, trouxe também a previsão de que a contratação irregular de trabalhador não gera vínculo de emprego com os órgãos públicos, em virtude da necessária aprovação prévia em concurso público, de acordo com a disposição constante no art. 37, II e §2º, da Constituição Federal. Nesse contexto, há de se analisar os efeitos da declaração de nulidade do contrato de trabalho com ente da Administração Pública sem a aprovação em concurso público.

No Direito do Trabalho, há de ser aplicável a irretroatividade das nulidades, pois não há como se devolver ao trabalhador a energia por ele gasta durante a execução dos serviços. A nulidade, em havendo a contratação sem o devido concurso público, deve ser declarada sem retroatividade, de modo que o trabalhador tenha direito, pelo menos, ao pagamento dos salários acordados durante o período de prestação de serviço com os respectivos reflexos legais quanto ao número de horas laboradas e aos depósitos de FGTS, na forma da Súmula nº 363 do TST.

De acordo com Jorge Neto e Cavalcante (2019, p. 548), a doutrina trabalhista nacional divide-se em 3 (três) correntes acerca de quais seriam os efeitos da prestação dos serviços perante a Administração Pública sem a necessária prévia aprovação em concurso público. A primeira corrente é no sentido de que a contratação irregular não gera efeito algum para o trabalhador, inclusive havendo a faculdade de a própria Administração declarar como nula a contratação. Entretanto, há de se rechaçar tal posicionamento, pois o trabalhador não pode ser obrigado a ressarcir os valores recebidos a título de vencimentos ou salários, pois a referida declaração de nulidade torna impossível fazer o restabelecimento da situação anterior, como acima exposto.

A segunda corrente é no sentido de que a nulidade reconhecida tem os seus efeitos a partir do momento de sua declaração, sendo que o trabalhador tem direito à percepção de seus direitos legais até o citado momento, como forma de indenização, mas sem haver o registro de seu contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), inclusive não gerando efeitos para fins previdenciários. Por fim, a terceira corrente entende que a ausência de concurso ou a ocorrência de suas irregularidades não vicia o contrato de trabalho, fazendo o trabalhador jus aos seus direitos trabalhistas, inclusive para fins previdenciários. Essa corrente encontra respaldo no princípio da primazia da realidade, um dos primados basilares do Direito do Trabalho.

No que se refere à responsabilidade do Poder Público, a referida Súmula nº 331 prevê que este será responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas relativas ao terceirizado apenas na hipótese de conduta culposa na fiscalização contratual referente às obrigações constantes da Lei nº 8.666/1993, ao contrário do tomador dos serviços integrante do segmento puramente privado, cuja responsabilidade decorreria apenas do mero inadimplemento pela culpa *in eligendo*. Entendeu também que a responsabilidade subsidiária abrangia todas as verbas decorrentes da condenação. Dessa forma, a Súmula nº 331 buscou consolidar o fundamental contraponto entre terceirização lícita versus terceirização ilícita. Explicitou, por fim, essa súmula a natureza e extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas.

Outra construção normativa de importância ímpar para o instituto da terceirização é a da atual Lei nº 13.429/2017. Essa lei promoveu alterações na Lei nº 6.019/1974, que, como visto, regulava apenas o trabalho temporário urbano. Na origem, tal lei da década de 1970 definiu empresa prestadora de trabalho temporário como a pessoa jurídica responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente, a qual deveria estar devidamente registrada no então Ministério do Trabalho, atualmente integrante da pasta do Ministério da Economia.

Previu ainda que a empresa prestadora contrata, remunera e dirige a mão de obra disponibilizada por seus trabalhadores ao respectivo tomador, ou subcontrata outras empresas para realização destes serviços. Além disso, definiu que não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

A partir dessas alterações, surgiram 2 (duas) correntes distintas no que se refere à interpretação desses dispositivos normativos.

A primeira é no sentido de que o dispositivo legal não impõe restrições à terceirização de serviços com relação à atividade-fim da contratante, em especial, quando afirma que a empresa prestadora pode optar entre a administração da mão de obra contratada ou proceder a subcontratação de outras empresas para a realização dos serviços contratados pela entidade tomadora. Essa posição é robustecida quando a nova disposição legal assegura que não há vínculo de

emprego dos trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços com a tomadora, qualquer que seja o ramo da atividade econômica.

Aplica-se à hipótese o brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, ou seja, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Ademais, cabe registrar que a leitura da Lei nº 6.019/1974, quando modificada pela Lei nº 13.429/2017, em seu art. 4º-A, *caput* e seus parágrafos, permite concluir que o legislador não almejou restringir a terceirização a qualquer tipo de serviço, inclusive permitindo que a empresa prestadora subcontrate outras pessoas jurídicas para a prestação do serviço contratado pela entidade tomadora. Portanto, já era plenamente possível a terceirização de serviços ligados à atividade-fim da tomadora, inclusive sem qualquer formação de vínculo entre o empregado da prestadora e a contratante.

A segunda é no sentido de que continua a limitação da atividade-fim na contratação dos serviços determinados e específicos pela contratante junto à empresa prestadora. Os fundamentos: (a) a Lei nº 6.019/1974, com a redação dada pela Lei nº 13.429/2017, somente admite a contratação de trabalhadores na atividade-fim da tomadora no caso do trabalho temporário (art. 9º, § 3º); (b) como a terceirização representa a precarização dos direitos trabalhistas, as novas disposições devem ter uma interpretação restritiva; (c) não se pode inserir serviços ligados à atividade-fim no conceito legal do art. 4º-A, *caput*, quando afirma que a empresa prestadora de serviços somente presta serviços determinados e específicos à tomadora; (d) a interpretação há de ser efetuada com os cânones da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que prevê uma série de princípios e regras, os quais procuram valorizar o trabalho como fonte para a dignidade do trabalhador.

2.3.2 A terceirização após a Reforma Trabalhista

O panorama da terceirização mudou de forma radical quando da aprovação da Lei nº 13.467/2017 também conhecida como Reforma Trabalhista. Tal conjunto normativo além de trazer a previsão de que o negociado prevalece sobre o legislado, também promoveu alterações na Lei nº 6.019/1974, valendo

lembrar que, conforme dito, originalmente apenas previa a possibilidade de terceirização nos casos de trabalho temporário urbano.

Por outro lado, mais recentemente, a Lei nº 13.429/2017 não restringiu de forma expressa a contratação de serviços de terceirização apenas na chamada atividade-meio da empresa, o que levou à interpretação de que havia sido autorizada nas atividades-fim patronais, inclusive pelos debates parlamentares que antecederam a votação do projeto. Apesar da interpretação que se quis atribuir no sentido de ser ampla a possibilidade de terceirização, a referida lei era omissa em relação a permitir a delegação a terceiros da chamada atividade-fim patronal, o que gerou insegurança jurídica no segmento trabalhista brasileiro, pois a imprecisão da norma em admitir (ou não) a terceirização em atividade inerente levava à discussão sobre ter sido permitida ou não pelo ordenamento jurídico.

A mencionada insegurança jurídica chegou ao fim com a aprovação da referida reforma, tendo em vista que a supracitada Lei nº 13.467/2017 possibilitou a ocorrência de terceirização em qualquer atividade da empresa de forma expressa, quebrando o paradigma de que não se poderia terceirizar atividade-fim, que perdurava desde a edição da Lei nº 5.645/1970.

Além disso, há de se ressaltar também a alteração promovida no art. 4º-C, § 1º, da Lei nº 6.019/1974, mediante o qual a tomadora dos serviços não é mais obrigada a pagar salário equivalente aos dos seus empregados que executam funções idênticas às do terceirizado, tendo em vista que referido texto normativo se utiliza da expressão “poderá”, deixando claro não ser tal contraprestação obrigatória. Há de se criticar tal previsão, pois é plenamente defensável que é garantida, pelo período prestado, a mesma remuneração tanto nos contratos de trabalho temporário quanto nas hipóteses de terceirização ilícita quando o tomador dos serviços for o Poder Público. Assim, do mesmo modo que se garante tal direito na terceirização ilícita, deveria o legislador ter a sensibilidade de conceder igual tratamento ainda que se refira a uma terceirização lícita.

Sob outro viés, a Reforma Trabalhista, apesar de seu cerne precarizante, optou por manter a condenação subsidiária do tomador dos serviços, interpretação que a jurisprudência trabalhista vem defendendo, constante inclusive da Súmula nº 331 do TST. A referida reforma também trouxe algumas regras para evitar fraudes na terceirização. Dentre elas, pode-se elencar a constante do art. 5º-C que não permite que figure como contratada a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios

tenham, nos últimos 18 (dezoito) meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

O principal objetivo é a formação legítima de empresas prestadoras, evitando-se a constituição de contratadas cujos titulares sejam trabalhadores, na qualidade de empregados ou autônomos, que tenham prestado serviços para a contratante, de forma que, caso isto ocorra num caso concreto, tanto os sócios como os empregados da empresa contratada poderão pleitear o vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços. Ainda na seara das proibições trazidas pela Lei nº 13.467/2017, o art. 5º-D prevê que o empregado que for dispensado não poderá prestar serviços para a mesma terceirizada antes do decurso de prazo de 18 (dezoito) meses, contados a partir da data de sua despedida.

Apesar do objetivo central de precarizar as condições de trabalho, a Reforma Trabalhista, ao tratar da terceirização, assegurou aos trabalhadores terceirizados alguns direitos estendidos aos funcionários da tomadora, quais sejam, condições relativas à alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios, direito de utilizar os serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado, treinamento adequado fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir, bem como condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Por fim, nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Apesar das críticas, no que se refere à permissão para a terceirização irrestrita, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, fixou a tese de que tal alteração, ou seja, a previsão de ser possível haver terceirização em atividade-fim é constitucional. Referida decisão foi tomada em julgamento no dia 30 de agosto de 2018 após serem pautados dois processos que versavam sobre a

matéria, quais sejam, a ADPF 324 e o RE 958252, com Repercussão Geral reconhecida, tendo sido fixada a seguinte tese:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Importante registrar que tal decisão não impede o reconhecimento de vínculo direto com o tomador nos casos de fraude na terceirização, caso existentes os requisitos da relação de emprego. Ademais, tal interpretação é igualmente possível ao se fazer uma abordagem baseada na CF/1988, tendo em vista que esta estabelece os princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I do Título VII), fundando-a na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (*caput* do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII).

3 DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Analisado o fenômeno da terceirização, mostra-se também importante se estudar os instrumentos coletivos de trabalho, em função de serem nestes instrumentos que estarão apostas as cláusulas que eventualmente restrinjam a terceirização. Neste diapasão, faz-se necessário se analisar o conflito coletivo de trabalho, tendo em vista que a principal função dos referidos instrumentos é pôr fim a este conflito e posteriormente se apresentar os principais instrumentos e suas características.

3.1 Dos conflitos coletivos de trabalho e suas formas de solução

O conflito no âmbito laboral pode ser definido como uma pretensão ou um conjunto de pretensões, que a parte contrária impõe resistência. Tais pretensões podem partir de quaisquer dos polos da relação trabalhista, seja do empregado ou do empregador. Tendo em vista a vedação, com raras exceções, da autotutela, tais conflitos devem ser resolvidos mediante a autocomposição, quando as próprias partes chegam a um acordo para pôr fim ao conflito, ou mediante a jurisdição ou arbitragem, quando um terceiro imparcial irá resolvê-lo.

Diversas razões podem ocasionar um conflito trabalhista, tais como os pleitos dos trabalhadores por melhores salários e condições laborais, bem como quando o empregador, em virtude de crise econômica, deseja reduzir as remunerações dos empregados. Pode-se dizer que esta lide entre trabalhadores e empregadores pode variar de intensidade desde uma simples negociação coletiva para buscar uma melhoria nas condições de trabalho até a ocorrência de uma greve, máxima intensidade que pode atingir, quando, em regra, há a suspensão do contrato de trabalho.

Tal desinteligência trabalhista pode ser individual ou coletiva. De forma geral, tem-se que nos conflitos individuais ocorre a lide entre determinado trabalhador ou grupo de trabalhadores e o empregador, considerados em si mesmos, analisando-se o aspecto concreto da prestação laboral. Já nos coletivos, não se considera contratos de trabalho individuais, analisando-se a questão de forma ampla para abranger os grupos de trabalhadores e/ou de empregadores. Para

Nascimento (2015, p.594), a classificação ainda abrange os conflitos econômicos, quando se reivindica a celebração de novo acordo ou convenção coletiva de trabalho, objetivando a melhoria de sua condição laboral e os conflitos jurídicos que têm a finalidade de declarar o real sentido de norma jurídica ou a de prover sua execução caso o empregador não a cumpra.

A humanidade tem resolvido seus conflitos de formas diferentes, conforme o desenrolar de seu desenvolvimento. Nos primórdios da civilização, prevalecia a vontade do mais forte, época em que os conflitos eram resolvidos com base na autotutela, instituto de aplicação muito limitada nos dias atuais. Após isso, com o surgimento principalmente do Estado de Direito, este passou a chamar para si a resolução das lides mediante a instituição da função jurisdicional, como monopólio estatal, por meio da qual um terceiro imparcial, o juiz, irá substituir a vontade das partes e dizer qual o direito aplicável ao caso concreto apresentado. No que se refere aos conflitos coletivos, a solução dada pelo Estado-juiz é chamada de sentença normativa.

Essa solução, embora extremamente relevante, a fim de se alcançar a pacificação das relações sociais, se tomada de forma isolada, mostra-se inadequada para o volume de demandas que poderia se originar das lides trabalhistas, caso esta fosse a única ou a regra para a resolução de litígios, considerando-se a situação de abarrotamento processual pela qual passa o Poder Judiciário brasileiro.

Por isso e também em virtude de se estipular um processo mais democrático para a resolução de conflitos e pacificação social, foram instituídas as figuras do acordo e da convenção coletiva de trabalho, institutos que estão abrangidos o que se denomina, de forma genérica, por negociação coletiva de trabalho. Mediante tais instrumentos, as condições de trabalho de determinada categoria profissional, representada pelo seu sindicato, são negociadas com determinada empresa, no caso de acordo coletivo, ou com o sindicato patronal, no caso de convenção coletiva de trabalho.

Por fim, um instrumento de aceitação recente para resolução de conflitos coletivos é a utilização da sentença arbitral por parte do Ministério Público do Trabalho (MPT).

3.2 Da convenção e do acordo coletivo de trabalho

Tendo em vista a grande similaridade entre o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho, que juntos compõem o que se convencionou chamar de negociação coletiva, ambos serão tratados em conjunto, sendo apresentadas convergências e diferenças que possuem.

3.2.1 Da autonomia privada coletiva

A autonomia privada coletiva é a prerrogativa das assembleias gerais profissionais e patronais, independentemente de haver intermediação sindical, englobando exemplificativamente tanto a liberdade de fundação e atuação do sindicato sem interferência estatal quanto a possibilidade de se criar normas jurídicas ao celebrarem convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho, bem assim as deliberações realizadas por comissões de trabalhadores eleitos representantes de determinada empresa. Para Santos (2018, p.148), quando do surgimento das primeiras associações profissionais, a reunião de trabalhadores e de empregadores era uma atividade taxada como criminosa, sendo que os primeiros países que passaram a permitir tais assembleias laborais e patronais foram a Inglaterra, Alemanha e Itália. Em seguida, em alguns países, após seu reconhecimento estatal, os sindicatos passaram a atuar como braços do Estado, atuando sob delegação do mesmo. Quanto às entidades representativas dos trabalhadores, ainda não se buscava, pelo menos não de maneira oficial, a melhoria das condições de trabalho, o que só ocorreu posteriormente com seu efetivo reconhecimento como organizações de proteção profissional.

3.2.2 Do conceito e funções da negociação coletiva

De forma geral, pode-se definir a negociação coletiva como o processo por meio do qual trabalhadores representados pelo sindicato e empregadores intermediados ou não pela respectiva entidade sindical celebram um instrumento

com validade de norma jurídica para reger os contratos laborais durante determinado período de tempo.

Além da tradicional função jurídica, a negociação coletiva de trabalho também possui função econômica, tendo em vista que, na maioria das vezes, as cláusulas mais importantes a serem fixadas são as de reajuste de salários e benefícios, contribuindo para uma melhor distribuição das riquezas geradas pela atividade empresarial. Além dessas, existe também a função política, na qual, segundo Nascimento (2015, p. 433), deve ser valorizada a ação pacífica do capital e do trabalho, sendo do interesse de toda a sociedade que os conflitos não alcancem proporções aptas a causar instabilidade política. Pode ainda ser identificada a função pedagógica, pois:

O simples fato de a negociação coletiva ser um processo repetitivo, ao longo do tempo e do espaço, suscita que as partes – os sujeitos estipulantes – em um processo dialético e de democracia social, aprendam com a experiência, e aperfeiçoem suas técnicas de abordagem e de discussão, bem como de incorporação de novos conhecimentos, uma vez que são geralmente assistidos por especialistas – advogados, sociólogos, matemáticos etc.

Desse modo, é possível afirmar que 4 (quatro) são as funções da negociação coletiva de trabalho, conforme visto acima.

3.2.3 Dos limites à celebração de convenções e acordos coletivos

A doutrina majoritária costuma entender que devem existir limites à negociação trabalhista. Para defender essas restrições, citam os direitos previstos expressamente na CF/1988, bem como lançam mão de abordagens principiológicas, tais quais, por exemplo, o princípio da adequação setorial negociada. Acerca de tal princípio, traz-se o seu significado doutrinário da seguinte maneira:

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam

setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta) (DELGADO, 2019, p. 1576).

Dessa forma, de acordo com a primeira parte de tal conceito doutrinário, ao se comparar as normas do instrumento anteriormente vigente com o atual, este deve fixar um patamar de condições gerais de trabalho superior ao anterior. Na segunda parte do aludido conceito, tem-se que o novel instrumento coletivo deverá abarcar transações apenas de direitos de indisponibilidade relativa, sendo que a dificuldade está em estabelecer, *a priori*, quais seriam esses direitos.

Ademais, com o advento da Reforma Trabalhista, houve uma tentativa de se elencar na legislação ordinária um rol de direitos que não são passíveis de redução e/ou supressão mediante negociação coletiva, tendo em vista a inclusão do art. 611-B na CLT. É importante ainda ser registrado também que, idealmente, deveria a negociação coletiva se fundar em transação de direitos, ou seja, seria a hipótese de haver concessões recíprocas dos ônus e dos bônus nas deliberações das respectivas assembleias, não se baseando exclusivamente na renúncia de vantagens profissionais, quando houver.

3.2.4 Das principais características das normas coletivas de trabalho

Inicialmente, há de se trazer a definição legal desses instrumentos. E pelo art. 611 da CLT é possível dizer que:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (BRASIL, 1943).

Quanto ao acordo coletivo, a definição é a mesma com a particularidade de poder ser celebrado pelo sindicato profissional com apenas 1 (uma) ou mais empresas, sem a necessidade do ente sindical patronal, consoante previsão do § 1º do art. 611 da CLT.

Outrossim, cumpre serem apontados os legitimados a celebrar acordos e convenções coletivas de trabalho. Do lado dos empregados, tais instrumentos só podem ser celebrados pelo sindicato representativo da categoria, sendo que em

casos específicos, a negociação também pode ser feita pela federação ou confederação sindical, porém nunca pela central sindical, tendo em vista não ser tal entidade detentora da respectiva prerrogativa prevista em lei. Quanto ao empregador, embora possível, não há necessidade de participação exclusiva do sindicato patronal nas negociações coletivas, tendo em vista ser aquele (patrão) um ser coletivo por natureza.

No que se refere ao aspecto formal desses instrumentos, existe divergência acerca da recepção constitucional ou não do procedimento estabelecido pela CLT. Entretanto, ainda que se negue essa circunstância, o procedimento de aprovação é solene, devendo gerar um documento escrito para que possa ter o atributo da imperatividade próprio das normas jurídicas. Seguindo com o procedimento trazido pela CLT, tem-se que devem ser celebrados por deliberação de Assembleia Geral especialmente convocada para este fim.

Além disso, polemicamente do ponto de vista constitucional, dependem, em tese, de comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção Coletiva, e dos interessados, no caso de Acordo Coletivo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos. Além disso, exige-se também quórum mínimo de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados, cabendo destacar ainda conteúdo mínimo obrigatório que devem conter.

Sobre o tema da aplicabilidade desses instrumentos, este sofreu alterações em virtude da Reforma Trabalhista. A principal delas diz respeito a qual instrumento deverá prevalecer caso 1 (uma) convenção e 1 (um) acordo coletivo estejam vigentes ao mesmo tempo para determinada categoria profissional. Antes da mudança, deveriam prevalecer as condições estabelecidas na convenção coletiva quando fossem mais favoráveis. Contudo, desde 11 de novembro de 2017, o acordo coletivo sempre irá prevalecer em relação à convenção. Há de se registrar ainda que esses instrumentos entram em vigor no prazo de 3 (três) dias após seu depósito no órgão competente, sendo, neste caso, desnecessária a sua homologação em órgão judicial, conforme entendimento registrado na OJ nº 34 da SDC do TST. Por fim, a Reforma Trabalhista também vedou a ultratividade, o que, caso contrário, permitiria que as cláusulas do acordo ou da convenção continuassem válidas até que outro instrumento fosse celebrado em substituição.

Pela redação atual do § 3º do art. 614 da CLT, está expresso que tais instrumentos podem vigorar por apenas 2 (dois) anos.

Da mesma forma que qualquer norma jurídica, as cláusulas apostas nos instrumentos coletivos de trabalho também podem ser anuladas por ofensa à CF/1988, ao art. 611-B da CLT, bem assim a determinados princípios, inclusive o da adequação setorial negociada.

3.3 Da sentença normativa

Conforme visto alhures, o ideal é que as próprias partes, em comum acordo, mediante regular negociação coletiva de trabalho resolvam o conflito trabalhista instaurado em autêntica promoção do princípio democrático. Entretanto, pelas mais variadas razões, nem sempre isso é possível, fazendo-se necessária a atuação de um terceiro imparcial que irá resolver a lide laboral. Nesse caso, as partes poderão se socorrer do Tribunal do Trabalho competente com o intuito de criar, modificar ou até mesmo extinguir determinadas condições laborais, mediante o processo judicial de dissídio coletivo. Para tanto, traz-se definição doutrinária de tal instituto jurídico:

Assim, dissídio coletivo é um processo judicial de solução dos conflitos coletivos econômicos e jurídicos, que no Brasil ganhou máxima expressão como importante mecanismo de criação de normas e condições de trabalho por meio dos Tribunais Trabalhistas, que proferem sentenças denominadas normativas quando as partes que não se compuseram na negociação coletiva acionam a jurisdição (NASCIMENTO, 2015, p. 390).

Tal possibilidade encontra guarida na própria CF/1988, que assevera o seguinte em seu art. 114, § 2º:

Art. 114. [...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (BRASIL, 1988).

Pode-se dizer que, com a inclusão do mútuo acordo, o legislador pretendeu privilegiar a negociação coletiva, o que, porém, acabou por dificultar o acesso à Justiça. Debate doutrinário relevante é acerca da utilização da expressão

“de comum acordo” constante no citado dispositivo constitucional, com uma corrente doutrinária defendendo ser o comum acordo um pressuposto processual para a instauração do dissídio e outra corrente defendendo o contrário. Todavia, tal matéria já se encontra pacificada por meio de decisão do STF.

Anteriormente, a corrente, que não enxergava a citada expressão como pressuposto processual para a instauração do dissídio, entendia tratar-se de limitação ilegal de acesso à Justiça. De forma mais específica, de acordo com Lobato Júnior e Paranhos (2019, p. 09), tinha-se que referida exigência refletia autêntica negação do direito de acesso ao Poder Judiciário, tendo em vista que na hipótese de insucesso na negociação coletiva, não restaria qualquer outro meio legal ordinário para a solução da lide laboral.

Afirmavam ainda que a evolução do Direito Laboral devia-se à efetiva união dos trabalhadores para poderem se contrapor aos interesses do capital, de forma que a citada exigência poderia fazer cair por terra toda essa evolução em nítido retrocesso social. Além das razões expostas, doutrina especializada ainda asseverava que se exigir o comum acordo poderia caracterizar o abuso de direito, *in verbis*:

Em muitas demandas coletivas, a exigência do comum acordo para a propositura do dissídio coletivo por parte das empresas ou das entidades sindicais equivale ao abuso de direito. Tem-se a alegação dessa matéria, simplesmente, como forma de se evitar a prestação jurisdicional, inclusive, com a recusa na negociação coletiva mesmo antes do ajuizamento do dissídio coletivo (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1646).

Há também corrente doutrinária que já defendia a exigência do mútuo acordo para a instauração do dissídio. Para Leite (2019, p.1461), o mútuo acordo é necessário para a instauração do dissídio, sendo, entretanto, não um pressuposto processual, mas sim uma condição da ação, pois faltaria interesse de agir, em virtude da possibilidade de se alcançar o bem da vida desejado mediante outras formas, no caso mediante procedimentos de autocomposição, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, em caso de não comprovação de terem sido envidados todos os esforços em tentativas autocompositivas mediante regular negociação coletiva.

A par das correntes doutrinárias expostas, há de se identificar qual caminho seguia a jurisprudência trabalhista nacional. Ao se fazer tal análise, é

forçoso concluir que o TST já vinha entendendo que o comum acordo é um pressuposto processual para instauração do dissídio, como se pode observar no trecho de decisão de sua SDC:

RECURSO ORDINÁRIO. A) RECURSOS ORDINÁRIOS DE: 1) SINDICATO DA INDÚSTRIA DE EXPLOSIVOS NO ESTADO DE SÃO PAULO e OUTROS; 2) SINDICATO DA INDÚSTRIA DO AÇÚCAR NO ESTADO DE SÃO PAULO e OUTRO; 3) SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO PESADA DO ESTADO DE SÃO PAULO -SINICESP; 4) SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON. ANÁLISE CONJUNTA. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. COMUM ACORDO. NOVA REDAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO ATUAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. **A Seção Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de que a nova redação do § 2º do artigo 114 da Constituição Federal estabeleceu o pressuposto processual intransponível do mútuo consenso das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica.** A EC nº 45/2004, incorporando críticas a esse processo especial coletivo, por traduzir excessiva intervenção estatal em matéria própria à criação de normas, o que seria inadequado ao efetivo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição (de modo a preservar com os sindicatos, pela via da negociação coletiva, a geração de novos institutos e regras trabalhistas, e não com o Judiciário), fixou o pressuposto processual restritivo do § 2º do art. 114, em sua nova redação. **Nesse novo quadro jurídico, apenas havendo mútuo acordo ou em casos de greve, é que o dissídio de natureza econômica pode ser tramitado na Justiça do Trabalho.** Ressalvadas, contudo, as situações fáticas já constituídas, a teor do art. 6º, § 3º, da Lei 4.725/65. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO - 4524-10.2013.5.02.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 22/02/2016. SDC, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016). (grifos acrescidos)

Tal matéria foi pacificada, conforme já adiantado acima, após declaração de constitucionalidade da expressão “de comum acordo” pelo STF, por maioria de votos, em Sessão Virtual de 22 a 28 de maio de 2020, nas ADINs nº. 3423, 3392, 3431, 3432 e 3520.

Apesar da necessidade do mútuo acordo para a instauração do dissídio, a doutrina e jurisprudência afirmam ser o mesmo dispensável em casos de greve. Para Nascimento (2015, p.391), nos casos de greve, não é necessário o mútuo acordo, pois caso contrário estar-se-ia descumprindo o § 2º do art. 114 da CF/1988, que assevera que fracassada a tentativa de negociação, cabe o dissídio coletivo, e se for exigida a concordância do sindicato responsável pela deflagração do movimento paredista, algo pouco provável, estar-se-ia criando uma situação na qual

o conflito poderia se prolongar, contrariando a paz social que o dissídio busca manter.

3.4 Da sentença arbitral

Ao se tratar de sentença arbitral, faz-se necessária uma análise acerca da utilização da arbitragem no âmbito geral, bem como no ramo juslaboral.

A arbitragem é forma de heterocomposição de conflitos, ou seja, pressupõe a resolução da lide por meio de um terceiro imparcial. Trata-se de modalidade de resolução de conflitos ainda pouco utilizada no Brasil quando em comparação com outros países. Esse instituto pode ser classificado de diversas formas, sendo a divisão entre arbitragem obrigatória e convencional a principal delas. A obrigatória deve ser aplicada a determinado caso concreto independentemente da vontade das partes, devendo tal obrigatoriedade ser previamente formalizada mediante uma cláusula compromissória, enquanto que, na voluntária, as próprias partes decidem se submeter à arbitragem mediante um compromisso arbitral.

A utilização desse instituto no âmbito do Direito Individual do Trabalho gera muitas dúvidas, não sendo pacífica sua aceitação na doutrina. O art. 1º da Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/1996, prevê sua utilização para dirimir conflitos que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, o que ocasiona uma incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho, tendo em vista a natureza de indisponibilidade dos direitos trabalhistas, consoante delineamento esposado em princípio específico deste ramo jurídico.

Apesar dessa divergência, alguns dispositivos normativos possibilitam a resolução da lide trabalhista individual mediante uso da arbitragem, como, por exemplo, o art. 83, XI, da Lei Complementar nº 75/1993, que autoriza o membro do MPT a atuar como árbitro se for esse o desejo das partes. Dessa forma, há de se questionar se a utilização da arbitragem é capaz de reduzir a incidência daquele princípio justralhista. Acerca de tal possibilidade traz-se lição doutrinária no sentido da impossibilidade de ocorrer essa atenuação, ao ser defendido que:

A resposta parece-nos claramente negativa. As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob

pena de a própria ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário lembrar a absoluta prevalência que a Constituição confere à pessoa humana, à sua segurança, seu bem-estar e sua dignidade no plano social – plano em que se insere o trabalho. A mesma Constituição, ademais, confere absoluta preponderância e centralidade à pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, em conformidade com o largo elenco de princípios constitucionais do trabalho — todos firmemente imantados pela Constituição da República. Em contraponto a isso, conforme se sabe, a arbitragem, no plano das relações individuais de trabalho — em que se destacam a hipossuficiência e a vulnerabilidade de poder do trabalhador inserto em uma relação empregatícia —, exacerba essa diferença de poder entre as partes, em face das peculiaridades do instituto arbitral. (DELGADO, 2019, p. 1740-1741).

Apesar das críticas à sua aplicação no âmbito individual, no Direito Coletivo sua utilização é possível, tendo em vista a expressa previsão constitucional neste sentido, constante no art. 114, § 1º, mediante o qual, caso reste frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. Apesar da referida previsão, tal instituto não é muito usado, de forma que a grande maioria dos conflitos coletivos são resolvidos mediante negociação coletiva ou dissídio coletivo.

Apesar de não se tratar concretamente de jurisdição, a arbitragem também deve respeito a alguns princípios próprios do processo judicial, como ensina a melhor doutrina. A esse respeito, Nascimento (2015, p. 629) afirma que: "O processo arbitral deverá respeitar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da publicidade, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro."

Apesar de existir regra geral na CF/1988 permitindo a arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho, existem no ordenamento jurídico nacional dispositivos prevendo sua utilização em contextos específicos. A Lei nº 10.101/2000 traz em seu art. 4º que, caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se da arbitragem de ofertas finais como mecanismo de solução do litígio.

Além disso, tem-se também previsão constante da Lei nº 7.783/1989, que disciplina o exercício do direito de greve. O *caput* do art. 3º de referido dispositivo legal assevera que frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho. Sendo assim, o movimento paredista somente será lícito se a negociação coletiva for frustrada ou se houver a impossibilidade de recursos à via arbitral.

A arbitragem pode ser pública quando requerida à Justiça do Trabalho ou privada quando será feita por pessoas ou instituições privadas devidamente cadastradas no órgão competente do Poder Executivo Federal. De acordo com Nascimento (2015, p. 630), a sentença arbitral não pode conceder mais do que ajustado no compromisso arbitral, objeto distinto do que foi oferecido, bem como deixar de decidir sobre cláusula cuja análise seja obrigatória, de forma semelhante à jurisdição mediante os casos de sentença *extra*, *ultra* ou *citra petita*. Além disso, caso a atividade econômica objeto de disputa na arbitragem for remunerada por tarifa cobrada dos usuários, eventual concessão de reajuste aos funcionários não poderá ser alegada para se justificar aumento nas respectivas tarifas.

4 DA VIABILIDADE DE RESTRIÇÃO À TERCEIRIZAÇÃO MEDIANTE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO DE TRABALHO

Analisados os principais pontos da terceirização e dos instrumentos coletivos de trabalho, passa-se a analisar a real eficácia de cláusulas apostas nestes diplomas, que de alguma forma restrinjam a terceirização. Inicialmente, tem-se que a própria CF/1988 em seu art. 8º, III, assevera que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Além disso, cumpre esclarecer que, no inciso VI do mesmo dispositivo, está previsto ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

4.1 Do conflito entre normas constitucionais

Como anteriormente exposto, as alterações feitas na Lei nº 6.019/1974 pela Reforma Trabalhista terminaram por admitir a terceirização mesmo em atividades-fim das empresas, permissão que restou ratificada após decisão do STF, declarando sua constitucionalidade. Nesse diapasão, tem-se um aparente conflito entre normas constitucionais, quais sejam, o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho e a liberdade de iniciativa conjugada com a livre concorrência.

Como anteriormente exposto, o TST tem decisões contraditórias de sua SDC acerca da legalidade ou não de cláusulas autorizadas de estipular restrições no âmbito da contratação da terceirização de serviços, ora privilegiando um dos princípios expostos, ora o outro. Para tanto, cuida-se a seguir da análise de tais decisões.

4.2 Da análise das decisões judiciais acerca da legalidade de cláusulas restritivas de terceirização

A questão principal a ser resolvida pelos Tribunais consiste em aceitar ou não o argumento de que ao celebrarem instrumento coletivo de trabalho, impedindo contratação de trabalhador terceirizado, estar-se-ia a interferir de maneira indevida no mercado, pois se inviabilizaria o exercício da atividade

econômica por parte das empresas que prestam serviços a terceiros. No entanto, deve ser destacado que tais atividades seriam desenvolvidas perante empresas representadas por sindicato patronal signatário do referido instrumento coletivo.

Como exposto, a questão é tormentosa, existindo decisões conflitantes no âmbito da SDC do TST.

Num primeiro momento, cumpre registrar decisão que declarou nulas cláusulas que restringem a terceirização, a qual assim restou ementada:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. CLÁUSULAS 51 E 52 DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2011/2013. PROIBIÇÃO, AOS CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS, DE CONTRATAREM EMPREGADOS TERCEIRIZADOS PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DEFINIDOS, PELOS CONVENIENTES, COMO ATIVIDADE FIM DO REFERIDO SEGMENTO. NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA. [...] Nesse contexto, a despeito do prestígio que deve ser conferido aos instrumentos negociais celebrados, de forma autônoma, pelas partes, por força do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, não há como reconhecer a validade das cláusulas que atingem categorias diversas daquelas representadas pelos Sindicatos convenientes, elidem a possibilidade de terceirização prevista na Súmula nº 331 do TST e apresentam afronta ao art. 170, IV e parágrafo único, da Lei Maior. Dá-se provimento ao recurso do SEAC/DF para declarar a nulidade das cláusulas 51 e 52 da CCT 2011/2013. Recurso ordinário conhecido e provido. (TST-RO-3434-13.2011.5.10.0000, Relatora: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 15/05/2017, Seção de Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 26/05/2017).

No caso exposto, o sindicato que representa trabalhadores de condomínios celebrou convenção coletiva com o respectivo sindicato patronal, indicando quais atividades constituíam a atividade-fim dos contratantes. Ademais, vedou a contratação de terceirizados para desenvolvimento dessas atividades em função da limitação à terceirização de atividade-fim presente na Súmula nº 331 do TST. Como é sabido, para fins de terceirização não é mais relevante a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim.

Entretanto, o problema permanece, pois as partes podem simplesmente acordar que não haverá contratação de trabalhador terceirizado em determinado ramo de atividade, independentemente de se definir ou não quais são as atividades-fim do contratante.

Analisando-se a argumentação favorável à anulação, é dito que o princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170, bem como no art. 1º, IV, ambos da CF/1988, além da tradicional visão de liberdade para exercício de atividade econômica, abarca também a autonomia de celebrar contratos, situação esta que

apenas poderia ser restringida mediante determinação legal. Dessa forma, as empresas, que tenham como atividade principal a prestação de serviços usualmente fornecidos mediante terceirização, teriam sua liberdade de contratar restringida mediante um instrumento coletivo de trabalho e não mediante lei, impedindo que firmassem contratos.

Além disso, a decisão ainda cita afronta ao art. 36 da Lei nº 12.529/2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, que prevê que constitui infração da ordem econômica qualquer ato que limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Por fim, são utilizados argumentos de natureza econômica ao indicar que grande parte das atividades reguladas pelo instrumento coletivo são prestadas por empresas terceirizadas e a manutenção das cláusulas de restrição poderá interferir na própria sobrevivência destas entidades.

Em sentido oposto, ou seja, no sentido de se preservar a eficácia de tais cláusulas, cita-se a seguinte decisão:

RECURSOS ORDINÁRIOS EM AÇÃO ANULATÓRIA. CLÁUSULAS DO TERMO ADITIVO DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO FIRMADA PARA O PERÍODO 2010/2011. PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS TERCEIRIZADOS PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS À ATIVIDADE FIM DOS CONDOMÍNIOS. AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA ASSEGURADA PELA CARTA MAGNA. NÃO HÁ OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA OU QUALQUER DISPOSITIVO DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE. REGRAS LIVREMENTE PACTUADAS QUE ATINGEM SOMENTE OS INTERESSES DAS CATEGORIAS REPRESENTADAS, NO ÂMBITO DAS RESPECTIVAS BASES TERRITORIAIS DAS ENTIDADES CONVENIENTES. VALIDADE. [...] Mantém-se o entendimento de que são válidas as cláusulas, ora impugnadas, que vedam a terceirização dos serviços atinentes à atividade fim dos condomínios, uma vez que foram estabelecidas livremente, não violam qualquer dispositivo ou princípio do ordenamento jurídico vigente, bem como atingem somente os interesses das categorias, no âmbito das bases territoriais dos convenientes e das suas respectivas abrangência representativa. A pactuação das normas, ora contestadas, está absolutamente dentro dos limites conferidos pela Carta Magna vigente para a negociação coletiva. Recursos ordinários desprovidos. (TST-RO-332-46.2012.5.10.0000, Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 11/06/2018, Seção de Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 22/06/2018)

Ao se analisar a *ratio decidendi* da referida decisão, tem-se posição firme da relatora no sentido de negar a anulação das cláusulas, fazendo inicialmente uma abordagem principiológica, ao indicar que a CF/1988 impõe limites no que se refere

à gestão de pessoal, o que se aplica também à terceirização, bem como ao citar que o princípio tutelar do Direito do Trabalho de preservação e continuidade da relação de emprego é forma de concretização de direitos fundamentais.

Ao analisar a questão da suposta indevida reserva de mercado, assevera a decisão que não se verifica tal aspecto, mas apenas criação de normas jurídicas aptas a regular as relações laborais, sendo que os efeitos destes regramentos não ultrapassam os limites dos interesses daqueles que pactuam determinado instrumento coletivo. Tratando da possível afronta ao princípio da livre iniciativa, tem-se que este se aplica tanto para a atividade empresarial como para o trabalho, de forma que os labutadores também devem possuir liberdade para acordarem com os empregadores as melhores formas de execução de seu serviço. Assim, não existe tal afronta se as partes signatárias de instrumento coletivo apenas restringem a forma de prestação de serviços no seu âmbito de atuação.

No que concerne à livre concorrência, referida decisão sustenta que não pode ser acolhida alegação de desrespeito a esse princípio, uma vez que esse fundamento só tem pertinência nas circunstâncias em que a norma beneficia um indivíduo em detrimento de outro, não se aplicando para refutar interesses próprios da relação de trabalho. No caso concreto objeto da decisão, é dito que a cláusula alvo de pedido de anulação apenas regula o labor prestado nos condomínios residenciais de forma a diminuir a rotatividade de empregados e assim aumentar a segurança e melhorando a convivência com os moradores.

4.3 Da legalidade das cláusulas de instrumento coletivo restritivas de terceirização

Consideradas as decisões supracitadas, com os seus respectivos argumentos, vale destacar que a SDC do TST é o órgão especial deste tribunal que tem por função principal uniformizar a jurisprudência sobre matéria de Direito Coletivo do Trabalho. No entanto, foi visto que existem decisões conflitantes recentes proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional sobre idêntica matéria.

Desse modo, analisadas as posições favoráveis e contrárias acerca da legalidade ou não das cláusulas que restringem a terceirização constantes das citadas decisões, passa-se a defender a legalidade destas cláusulas.

Diante do exposto, há de se concordar com a decisão que nega a nulidade das cláusulas que restrinjam a terceirização. Inicia-se a defesa deste *decisum*, lembrando que a CF/1988 considera como direito fundamental o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, previsto no art. 7º, XXVI.

Quanto à eventual interferência indevida sobre a esfera de direitos de terceiros, traz-se o seguinte entendimento contrário a esta tese:

Releva assinalar, ainda, que, ao proibir a terceirização em determinado serviço, a norma coletiva não ultrapassa os limites das respectivas bases de representatividade das partes convenientes, já que tem sua aplicação restrita às categorias representadas, sem imposição direta a terceiros (REIS, 2019, p. 31).

Ainda na seara desse reconhecimento, há de se enfatizar a recente alteração legislativa no ramo juslaboral de que o negociado deve prevalecer sobre o legislado, respeitados os direitos que garantam um patamar mínimo de dignidade ao trabalhador. Se por um lado não consta do rol do art. 611-A a previsão de que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuser sobre a terceirização, também não parece adequado defender a anulação das citadas cláusulas, dado que as mesmas objetivam uma melhoria da condição do trabalhador em perfeita sintonia com o princípio protetivo juslaboral. Ainda em reforço, não houve qualquer restrição no art. 611-B da CLT no sentido de se vedar a redução ou supressão por negociação coletiva de trabalho da liberdade de contratação de serviços terceirizados.

Além disso, como visto, a cláusula em comento não ofende qualquer regra ou princípio de ordem pública. Ademais, as partes signatárias dos instrumentos são plenamente capazes, havendo respeito aos requisitos de validade do negócio jurídico, bem como não se identifica afronta ao princípio da adequação setorial negociada. Por fim, a livre organização de atividades empresariais, defendida também pela CF/1988, não pode deter supremacia em relação ao valor do trabalho (art. 1º, IV) e também não pode ser capaz, por exemplo, de tornar inválida cláusula de convenção coletiva de trabalho deliberada pela categoria.

Corroborando a defesa da legalidade das cláusulas que restringem a terceirização, traz-se o Enunciado nº 40 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho para quem: “é válida cláusula de instrumento coletivo que

restringe a forma de contratação, seja por terceirização, teletrabalho ou trabalho intermitente.” (BRASIL, 2017).

Por fim, quanto à possível interpretação de que após a permissão legal e pelo STF para se terceirizar, mesmo em atividade-fim, não existiriam mais limites à sua utilização, traz-se entendimento doutrinário em sentido diverso, ao ser defendido que:

Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente excetivas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional (DELGADO, 2019, p. 554).

Em suma, tem-se que a negociação coletiva deve ser utilizada como forma de proteção aos empregados e aos indivíduos que, indiretamente, sofram seus reflexos. No caso apresentado neste trabalho, a proteção derivada da negociação coletiva tem como destinatário imediato os empregados que serão contratados apenas de forma direta, ou seja, sem se utilizar do instituto da terceirização e como destinatário mediato os moradores de condomínios, que serão beneficiados com redução de rotatividade de pessoal que poderia ser mais comum quando se contratasse o serviço prestado por profissionais de forma terceirizada. Apesar da permissão legal para terceirização em atividade-fim, tal autorização não pode ser concebida como um permissivo total e irrestrito de se terceirizar, sem qualquer tipo de proteção, ao ponto de se anular cláusulas de instrumentos coletivos que restrinjam a terceirização, sob pena de se aumentar ainda mais a precarização, bem como de se configurar intervenção estatal indevida na autonomia da vontade coletiva das partes.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, foi analisado se são válidas cláusulas de instrumento coletivo de trabalho que restrinjam a terceirização. No contexto apresentado, empresas prestadoras de serviços terceirizados alegam que tais cláusulas resultam em restrição a suas atividades, pois os tomadores, ao contratarem apenas funcionários de forma direta, terminam por prejudicar tais empresas.

No intuito de cumprir a tarefa acima exposta, foi analisado o fenômeno terceirizante como um todo, mediante a conceituação deste instituto, bem como trazendo argumentos de críticos e defensores do mesmo. Ainda nessa seara, é realizado 1 (um) breve levantamento de informações de outros países acerca do tratamento dado à terceirização, deixando clara a diferença de regulação entre as diferentes nações, apesar de, geralmente, ser permitida sua utilização com os temperamentos ora analisados.

Ao finalizar essa parte do estudo, é analisada a forma como se desenvolveu a legislação regente da terceirização no Brasil, dividindo-se esta entre as que regeram a terceirização antes e depois da Reforma Trabalhista, divisão esta feita, em virtude da importância do referido bloco reformador por ter, pela primeira vez, explicitamente permitido a terceirização em atividade-fim.

Outra matéria de importância ímpar para os objetivos desta pesquisa foi a realização de abordagem sobre os instrumentos coletivos de trabalho, tendo em vista que são nestes que as cláusulas restritivas de terceirização estarão apostas. De forma geral, tem-se que tais instrumentos têm por objetivo pôr fim a determinado conflito coletivo de trabalho, sendo apenas 1 (uma) das formas para se encerrar litígio de tal espécie.

Dentre os tipos de instrumentos coletivos, tem-se a sentença arbitral, mediante a qual um terceiro, árbitro, irá inicialmente tentar método autocompositivo para resolução do conflito pelas próprias partes ou irá decidir a demanda de modo a pôr termo à lide trabalhista. Tal mecanismo tem crescente utilização nos dias atuais principalmente em virtude de o próprio membro do MPT poder atuar na condição de árbitro. Caso as partes não cheguem a um acordo por meio da regular negociação coletiva, o conflito poderá ser decidido pela Justiça do Trabalho, por

intermédio de uma sentença normativa após o ajuizamento do bastante dissídio coletivo. Nessa situação, a referida justiça especializada irá resolver o conflito e estabelecer as condições de trabalho de determinado ramo juslaboral durante determinado período de tempo.

Apesar da indiscutível relevância da sentença arbitral e da sentença normativa, os principais instrumentos coletivos de trabalho são, indubitavelmente, o acordo e a convenção coletiva de trabalho, espécies do gênero negociação coletiva de trabalho. Tal decorre em função de ser por meio desse último instrumento coletivo que as próprias partes negociam e chegam a um acordo no que se refere às condições de trabalho de determinada categoria profissional, em autêntica promoção do princípio democrático constante da CF/1988.

Princípio de extrema relevância na negociação coletiva de trabalho é o da autonomia da vontade coletiva das partes, mediante o qual é garantida a liberdade de fundação e atuação do sindicato sem interferência estatal, bem como a possibilidade de se criar normas jurídicas ao celebrarem acordos ou convenções coletivas de trabalho. Ao lado desse, há de se enfatizar também o princípio da adequação setorial negociada, que estabelece limites ao que pode ser objeto de negociação coletiva. Os 2 (dois) referidos institutos jurídicos, tendo em vista serem espécies de negociação coletiva de trabalho, possuem mais semelhanças do que diferenças, sendo a principal destas o fato de a convenção ser celebrada entre sindicato patronal e de trabalhadores e o acordo ser firmado por sindicato profissional com 1 (uma) ou mais empresas.

Analisados o fenômeno da terceirização e os principais instrumentos coletivos de trabalho, o estudo adentra na parte mais específica, ao verificar a legalidade de cláusulas constantes de instrumento coletivo de trabalho que possam restringir a contratação de serviços terceirizados.

O cerne da questão analisada diz respeito a um aparente choque entre normas constitucionais, as quais precisam ser sopesadas, isto é, o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho em comparação com a liberdade de iniciativa privada conjugada com a livre concorrência. Esse conflito putativo mostra-se evidente em função de decisões contraditórias da mesma SDC do TST. Isso posto, faz-se necessária uma análise de cada 1 (uma) dessas decisões, observando-se argumentos favoráveis e contrários à legalidade das cláusulas que restrinjam a terceirização utilizados pelos ministros em seus votos.

Em suma, tem-se que todos os requisitos de validade do negócio jurídico foram respeitados, bem como o princípio da adequação setorial negociada. Assim, a negociação coletiva deve ser utilizada como forma de proteção aos empregados e aos indivíduos que, indiretamente, sofram seus reflexos, não havendo razão para se declarar a invalidade dessas cláusulas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 de maio 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452** (1943). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 6 de abr. 2020.

BRASIL. **Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. 2017. Enunciado n. 40. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 30 maio 2020.

CARVALHO, E. P. D. C. de. **Análise das mudanças no instituto da terceirização com o advento da Lei 13.429/17**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21688/1/Elayne%20Carvalho-monografia.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

COUTINHO, G. F. **Terceirização e acidentalidade (morbidez) no trabalho: uma estreita relação que dilacera a dignidade humana e desafia o direito**. 2014. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9ZCNXB>. Acesso em: 5 abr. 2020.

CUT. **Terceirização e Desenvolvimento: Uma conta que não fecha**. 2014. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

DELGADO, M.G. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

JORGE NETO, F.F.; CAVALCANTE, J.Q.P. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, C.H.B. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOBATO JUNIOR, J.; PARANHOS, V. **A Emenda constitucional nº 45 e a exigência do comum acordo para a instauração de dissídio coletivo**. 2009. Revista do TRT da 2ª Região, São Paulo, n. 2/2009, p. 87-167. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78802/2009_paranhos_vania_emenda_constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 maio 2020.

NASCIMENTO, A. M.; **Compêndio de Direito Sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

REIS, F. N. **Terceirização e Reforma Trabalhista**: Possibilidade de cláusula de instrumento coletivo restringir a terceirização. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9ZCNXB>. Acesso em: 30 maio 2020.

SANTOS, E.R. dos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA FILHO, A. A. C. e. **Terceirização e a dignidade humana**: a terceirização assegura um trabalho digno? 2017. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/17596/1/2017_ArturAdolfoCotiaseSilvaFilho.pdf. Acesso em: 28 abr. 2020.

VIANA, M.T. **Para Entender a Terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.