

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO

**SÃO PAULO
2019**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof.(a). Mestre(a) Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari.

**SÃO PAULO
2019**

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof.(a). Mestre(a) Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

A atividade de movimentação de mercadoria historicamente remete aos períodos de Brasil Colônia e Império, entre os séculos XVI e XVIII, em que trabalhadores executavam tarefas braçais como o ensacamento, carga e descarga de café, algodão, cacau entre outras culturas agrícolas. A atividade em questão também está intrinsecamente ligada à origem da figura do trabalhador avulso. Com o avanço das relações de trabalho, necessária e providencial também foi a modernização das atividades desempenhadas pelos movimentadores de mercadoria avulsos, o que ocasionou, por consequência, a criação de leis específicas para regulamentar e preservar os direitos sociais dessa classe de trabalhadores. Paralelamente, outros meios de produção foram sendo desenvolvidos e aperfeiçoados ao longo dos anos, dentre os quais está inserida a terceirização de serviços. A intercorrência da terceirização de serviços em quase todas as etapas do processo produtivo das empresas traz consigo uma zona gris sobre os limites e sua forma de materialização na rotina das empresas, promovendo uma reflexão a respeito das consequências sobre os demais modelos de produção, como por exemplo o fim da utilização do trabalhador avulso na movimentação de mercadoria.

Palavras-chave: Movimentação de mercadoria; terceirização; trabalhador avulso; relações de trabalho; livre concorrência e livre iniciativa.

ABSTRACT

The activity of movement of goods historically refers to the periods of Colony and Empire Brazil, between the 16th and 18th centuries, in which workers performed manual tasks such as bagging, picking and dropping coffee, cotton, cocoa and other agricultural crops. The activity in question is also intrinsically linked to the origin of the self-employed figure. With the advancement of labor relations, necessary and providential, was also the modernization of the activities performed by the loose commodity movers, which led, consequently, the creation of specific laws to regulate and preserve the social rights of this class of workers. At the same time, other means of production have been developed and improved over the years, among which is outsourcing services. The occurrence of outsourcing services in almost all stages of the companies' production process brings with it a gray zone about the limits and their form of materialization in the companies' routine, promoting a reflection about the consequences on other production models, as for example, the end of the use of the self-employed in the movement of goods.

Key words: Movement of goods; outsourcing services; self-employed worker; work relationships.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
OGMO	Órgão Gestor de Mão-de-Obra
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RE	Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O TRABALHADOR AVULSO	11
2.1	Conceito.....	11
2.2	Características e exemplos de trabalhador avulso	13
2.3	Diferenciações entre Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso	15
2.4	Trabalhador Avulso Portuário.....	19
2.5	Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).....	21
2.6	Trabalhador avulso não portuário	25
3	TERCEIRIZAÇÃO	33
3.1	Conceito.....	33
3.2	Normatividade jurídica e regulamentação da terceirização	36
3.3	Terceirização lícita e ilícita	40
3.4	Distinção entre atividade-meio e atividade-fim	42
3.5	Terceirização irrestrita: Tese nº 725	44
4	Análise de caso concreto.....	47
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS.....	11

1 INTRODUÇÃO

A classe dos trabalhadores avulsos na movimentação de mercadoria sofreu ao longo dos anos com situação de latente desamparo legal, marginalizados e sem a proteção necessária à preservação de garantias sociais básicas, conferidas às demais classes.

Com a modernização das relações de trabalho, inclusive, nos préstimos dos próprios trabalhadores avulsos, a necessidade de regulamentação da categoria foi ganhando força, ainda que de forma tímida e simplória. Ciente da necessidade de preservação dos direitos básicos do trabalhador avulso, o legislador tratou de brindar a categoria com regramentos específicos, impondo, por exemplo, a necessidade de intermediação obrigatória do sindicato na contratação do avulso nas atividades de movimentação de mercadoria.

O presente trabalho tem o enfoque na análise das nuances que envolvem a contratação do trabalhador avulso na atividade de movimentação de mercadoria. Para tanto, serão analisados prioristicamente os aspectos conceituais da categoria, a sua evolução no que diz respeito à regulamentação e, principalmente, se a legislação especial criou ou não uma reserva de mercado para os trabalhadores avulsos.

Posteriormente, adentrar-se-á ao tema de Terceirização, com sua devida conceituação, classificação, contexto histórico que envolve a matéria e, por fim, o cenário atual quanto à sua aceitação em todas as etapas produtivas das empresas.

Efetuada as conceituações fundamentais sobre os temas, será abordado caso prático que demonstra a discussão sobre a possibilidade de terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, com estudo focado nas concepções trazidas nas leis que versam sobre o trabalhador avulso, em paralelo com o entendimento jurisprudencial sobre a licitude de terceirização em todas as atividades da empresa.

Por fim, serão analisados os fundamentos constitucionais que asseguram às empresas a liberdade na escolha do seu modelo de produção, englobando, portanto, a terceirização das atividades que julgarem pertinentes.

2 O TRABALHADOR AVULSO

2.1 Conceito

Entende-se por trabalhador avulso aquele que oferta sua força de trabalho por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, todavia, sem estabelecer com nenhum deles um vínculo efetivo.

É possível, pois, acentuar que o trabalho avulso está inserido no rol das relações de trabalho em sentido amplo, isso porque ante a ausência do requisito da habitualidade, não é possível enquadrá-lo como empregado em *stricto sensu*. Eis que, nessa linha de pensamento, aquele que presta serviços eventualmente não é empregado (Martins, 2016)

Por sua vez, trabalho é atividade inerente à pessoa humana, integrando o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim (Houaiss, 2001).

A relação de emprego, sob o prisma jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes (Delgado, 2015).

A relação de emprego resulta de conglomerado de elementos reunidos em um dado contexto social. Dessa forma, a relação de emprego resulta da conjugação de certos fatores imprescindíveis, sem os quais não se vislumbra a relação empregatícia.

Além do requisito da habitualidade (não eventualidade), são ainda elementos obrigatórios para o estabelecimento da relação de emprego em sentido estrito:

- (a) prestação de serviços por pessoa física a outrem;
- (b) pessoalidade;
- (c) trabalho prestado sob fiscalização e subordinação; e
- (d) onerosidade.

Tem-se, pois, que o divisor que leva à classificação de trabalhador avulso é justamente a ausência de habitualidade.

Nessa linha de pensamento, o requisito da não eventualidade, o ramo jus trabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação sócio jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento: a relação de emprego (Delgado, 2015).

Por fim, com base nos conceitos acima perfilhados, pode-se definir a não eventualidade como sendo é possível resumir a não eventualidade na seguinte exemplificação: um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clubes campestres, por exemplo), não poderia se configurar como trabalhador eventual, devido a possibilidade de auferir o tomador de serviços examinado (Delgado 2015).

Portanto, ante a ausência do requisito fático da não eventualidade, avulso é aquele que por sua natureza ou condições de execução, não tem longa duração e, tanto faz, para a sua caracterização, seja ele cumprido com ou sem subordinação, mas em qualquer caso, sempre em troca de salário (Saad, 2014).

O trabalhador avulso pode ser definido, no âmbito do sistema geral da previdência social, todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe.

Nos ensinamentos de Sergio Pinto Martins, é possível conceituar trabalhador avulso da seguinte maneira:

O trabalhador é, assim, a pessoa física que presta serviço sem vínculo empregatício, de natureza urbana ou rural, a diversas pessoas, sendo sindicalizado ou não, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional ou do órgão gestor de mão de obra. Não é de qualquer categoria, mas de categoria profissional. (MARTINS, 2016, p. 266).

Leciona ainda que o trabalhador avulso não presta serviços com pessoalidade, isso porque o trabalhador pode ser substituído por outra pessoa:

Ao tomador não interessa normalmente que o serviço seja feito por determinada e específica pessoa, mas que o trabalho seja realizado.

Pouco importa quem irá fazer o trabalho. A relação, portanto, não é intuitu personae. (MARTINS, 2016, p. 266).

Além disso, é preciso anotar ainda que o trabalhador avulso não é subordinado nem à pessoa a quem presta serviços, muito menos ao sindicato, que apenas arregimenta a mão de obra e paga os trabalhadores, de acordo com o valor recebido das empresas.

Dessa forma, o sindicato apenas funciona como órgão gestor da mão de obra, atuando como um interlocutor na relação entre empresas e trabalhador avulso.

Por meio da dita interlocução, o sindicato é responsável pelo rateio dos valores pagos referentes à prestação de serviços entre aqueles que efetivamente prestam os serviços.

2.2 Características e exemplos de trabalhador avulso

Com base nas definições em análise, é possível caracterizar o trabalhador avulso da seguinte forma: a) possui liberdade na prestação de serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, muito menos com as empresas tomadoras de serviço; b) há a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa, como na prática ocorre; o sindicato ou o órgão gestor de mão de obra fazem a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e fazendo o rateio entre as pessoas que participaram da prestação de serviços; d) o curto período em que o serviço é prestado ao beneficiário.

De acordo com os ensinamentos de Sergio Pinto Martins, são exemplos de trabalhador avulso:

(a) o estivador, inclusive o trabalhador de estiva em carga e minério. A atual lei dos portuários (Lei nº 12.815/13) considera, no inciso II, do §1º, do art. 40, a estiva como a atividade de movimentação de mercadorias nos convéses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como carregamento e descarga, quando realizados com equipamentos de bordo. A estiva compreende normalmente uma atividade que empregue força muscular. O estivador usa equipamento do navio e não do porto. A movimentação é feita apenas no convés ou porão do navio

No caso em tela o estivado é tanto aquele que trabalha no porto como o que faz serviços de estiva em carga e minério;

(b) o trabalhador em alvarenga. É o trabalhador que presta serviços em grande barcaça de transporte de carga e minério;

(c) o conferente de carga e descarga. O inciso III do §1º do art. 40 da Lei nº. 12.815 estabelece que a conferência de carga de volumes, a anotação de suas características, procedência ou destino, a verificação do estado das mercadorias, a assistência à pesagem, a conferência do manifesto, e os demais serviços correlatos nas operações de carregamento e descarregamento de embarcações.

Nessa atividade não há o emprego de força muscular, necessitando que o trabalhador tenha apenas alguma formação escolar para realizar a conferência;

(d) o consertador de carga e descarga. O inciso IV, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815 determina que o conserto de carga se refere ao reparo e à restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

(e) o vigia portuário. A vigilância de embarcações é definida no inciso V, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815 como a atividade de fiscalização de entrada e saída de pessoas a bordo de embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadoria em portalós (local onde se entra no navio; abertura por onde se faz o serviço do navio), rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação;

(f) o amarrador da embarcação. É a pessoa que amarra a embarcação quando o navio chega ao cais;

(g) o trabalhador em serviço de bloco. Considera-se bloco a atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos (inciso VI, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815);

(h) o trabalhador em capatazia. A capatazia é a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário (inciso I, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815). O capataz usa equipamento do porto e não do navio;

(i) o arrumador;

(j) o ensacador de café, cacau, sal e similares;

(k) o trabalhador na indústria de extração de sal;

(l) o carregador de bagagem em porto;

(m) o prático de barra em portos. É a pessoa que conduz o navio até a barra do porto;

(n) o guindasteiro;

(o) o classificador, movimentador e o empacotador de mercadoria;

(p) outros que forem classificados pelo Ministério do Trabalho.

(MARTINS, 2016, p. 268-269)

Na concepção de Francisco Jorge Ferreira Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, a definição de trabalhador avulso sequer exige a necessidade de intermediação pelo sindicato:

A noção de trabalhador avulso não mais exige a intermediação da entidade sindical. Nesse sentido, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, em seu art. 11, inciso VI, define trabalhador avulso in verbis: “Quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento.”. (NETO e CAVALCANTE, 2017, p. 95)

2.3 Diferenciações entre Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso

Muito se discute sobre a conceituação de Trabalhador Avulso, o que, inclusive, gera dúvidas sobre a sua semelhança em relação ao Trabalhador Eventual, isso porque o conceito de eventualidade é extremamente subjetivo.

Delgado (2015, p. 363) leciona que existem quatro principais teorias que versam sobre o tema, e que buscam justamente eleger critérios objetivos para facilitar o conceito e identificação do trabalho eventual.

Seriam elas: teoria do evento; teoria da descontinuidade; teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) e a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços.

A **Teoria do Evento**, de acordo com os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar (2015, p. 272) leva em conta se o tipo de serviço para o qual o trabalhador é contratado é de curta duração para a empresa.

Considera ainda que eventual é o trabalhador contratado apenas para um caso específico, em caráter manifestamente transitório, ou seja, de curta duração em relação à atividade da empresa, como, por exemplo, para realização de obra ou serviço certo.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2015, p. 363), trata-se daquele trabalhador contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa.

A Teoria do Evento, todavia, não tem aceitação doutrinária, isso porque embora o serviço possa ser curto, é possível que exista necessidade permanente na empresa contratante daquele determinado serviço, não se tratando, portanto, de hipótese esporádica e episódica.

É o caso, por exemplo, das colheitas e plantações em períodos de safra na condução de culturas agronômicas.

Por sua vez, a **Teoria dos Fins da Empresa** considera que eventual é o serviço não coincidente com os fins da empresa, ou seja, com o propalado núcleo central da atividade empresarial.

Nesse sentido, a teoria em referência preconiza que o empregado presta serviços em razão de necessidades normais da atividade econômica do empregador (Martins, 2016).

A Teoria dos Fins da Empresa, portanto, identifica no eventual o trabalhador contratado pra realizar tarefas estranhas aos fins do empreendimento, as quais, justamente por serem alheias ao núcleo central da empresa, em teoria, tenderiam a ser episódicas e curtas (Delgado, 2015).

Por outro lado, a **Teoria da Descontinuidade** define como eventual o trabalho desempenhado pela ótica do trabalhador, isso quer dizer que trabalho eventual seria aquele que não se repete para um mesmo trabalhador, que é descontínuo, executado de modo fracionado, episódico, raro sem sequência.

Sob essa perspectiva de pensamento, o trabalhador eventual presta serviços a vários tomadores, em intervalos certos de tempo, ligados ao evento, ou seja, terminado o serviço, o trabalhador não mais regressaria à empresa, a princípio.

Por seu turno, a **Teoria da Fixação Jurídica** define que o trabalhador eventual é aquele que presta serviços para diversos tomadores, simultaneamente, sem se fixar de forma definitiva e exclusiva a nenhuma delas (Cassar, 2015).

Um de seus idealizadores, Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 324), sustenta que a eventualidade é o acaso, a contingência, a incerteza. Nesse sentido, trabalhado eventual, espelhado na Teoria da Fixação Jurídica e nos ensinamentos de

Nascimento, é aquele prestado a diversos destinatários, que variam no tempo, de modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

Por fim, a **Teoria dos Fins da Empresa**, que prevalece na doutrina e jurisprudência brasileira, aborda o trabalho eventual sob a ótica da empresa, desprezando-se a pessoa do trabalhador e destacando a figura do serviço em reação à atividade empresarial.

O ponto de partida, portanto, é identificar se aquele serviço que será prestado está ou não inserido dentro do núcleo central da empresa, dentro da normalidade de seu funcionamento. Caso não esteja inserida dentro da chamada “atividade normal” é, pois, eventual.

Para a Teoria dos Fins da Empresa, é necessário que ocorra um acontecimento incerto, casual, fortuito em relação à atividade da empresa.

Fato é que a depender da teoria escolhida, é possível extrair que a repetição da mão de obra de um mesmo trabalhador para um tomador pode caracterizar a pessoalidade ou o trabalho não eventual, o que o retiraria a condição de trabalhador eventual.

Sergio Pinto Martins conceitua trabalho eventual:

O trabalho prestado em caráter eventual é o ocasional, fortuito, esporádico, episódico. Não é possível, contudo, considerar como eventual o fato de que o trabalho não se insere na vida normal da empresa. Existem trabalhadores que prestam serviços a empresa, embora não estejam incorporados a sua atividade normal. É o caso do eletricista que trabalha na indústria automobilística. Apesar de essa indústria não ter por atividade questões de eletricidade, mas a produção de veículos automotores, o trabalhador que presta serviços com habitualidade é considerado empregado. De outro modo, se o eletricista vai uma vez ou outra para reparar as instalações elétricas daquela empresa, aí, sim, estará caracteriza a eventualidade, pois o trabalhador foi contratado apenas para determinado evento na empresa, ou seja, reparar sua instalação elétrica. (MARTINS, 2016, p. 265)

Portanto, de acordo com o autor, a premissa básica para identificação de trabalho eventual é seu caráter esporádico, episódico e ocasional, pouco importando se este está inserido ou não na vida normal da empresa.

Todavia, Maurício Godinho Delgado (2015, p. 364) diverge da posição de Martins, sob o fundamento de que trabalha eventual seria aquele que reúne os seguintes pressupostos:

Descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; c) curta duração do trabalho prestado; d) natureza do trabalho concernente a evento certo, determinado e episódico quanto à regular dinâmica do empreendimento do tomador dos serviços; e) em consequência, a natureza do trabalho não seria também correspondente ao padrão dos fins normais do empreendimento.

Sob a ótica de Godinho (2002, p. 334), com base nas considerações acima explicitadas, seria o trabalhador avulso uma modalidade de trabalho eventual que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles.

A corrente é ainda defendida por Octávio Megano (1992, p. 151), que, inclusive, entende que Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso são sinônimos.

Cassar (2015, p. 279) segue posicionamento antagônico, e conforme percebe-se, mais coerente sobre o tema, ao afirmar que o trabalho eventual é aquele episódico, esporádico, decorrente de fato fortuito. Por seu turno, o trabalho avulso pode prestar serviços “previsíveis”, permanentes sob o ponto de vista da necessidade da empresa e de curta duração.

Na visão de Neto e Cavalcante, a diferença fica mesmo por conta da existência de interlocutor (sindicato no caso dos trabalhadores avulsos não portuários e órgão gestor de mão de obra no caso dos trabalhadores avulsos portuários), o que não é necessário na contratação dos serviços do trabalhador eventual:

É imperiosa a distinção entre trabalhador avulso e o eventual. Nas duas modalidades, a prestação de serviços ocorre por curtos períodos de tempo para diversos tomadores de serviços. O ponto diferencial reside na intermediação dos serviços na figura do trabalho avulso. A intermediação pode ocorrer pela entidade sindical ou pelo OGM.

Trabalhador avulso é a pessoa física que presta serviços, sem a configuração de relação de emprego, para diversos tomadores, de natureza urbana ou rural, sendo sindicalizado ou não, com a intermediação obrigatória da entidade sindical profissional ou do órgão gestor de mão de obra. (NETO e CAVALCANTE, 2017, p. 95)

2.4 Trabalhador Avulso Portuário

Em face da importância dos portos para a economia nacional, o trabalhador avulso portuário é regido por legislação específica, atualmente, pela Lei nº 12.815/2013, que ficou popularmente conhecida como “nova lei dos portos”.

O trabalhador avulso portuário, portanto, pode ser definido como aquele que presta serviços, sem vínculo de emprego, a inúmeros tomadores, sendo que a dita prestação de serviços ocorre nas proximidades da orla marinha, lacustre ou fluvial, ou seja, no setor portuário.

A inexistência de vínculo do trabalhador avulso portuário está prevista no bojo do art. 34 da Lei nº. 12.815/2013, que por sua vez prevê “O exercício das atribuições previstas nos arts. 32 e 33 pelo órgão de gestão de mão de obra portuário não implica vínculo com trabalhador portuário avulso.” (BRASIL, 2013).

Tão importante quanto a definição do que o trabalhador avulso portuário, é a própria aceção do que vem a ser instalação portuária, que por sua vez pode ser definida como o local utilizado para movimentação de passageiros ou para movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

Anteriormente à Lei nº 12.815/2013, o trabalhador avulso portuário era regulamentado pela Lei nº 8.630/1993, sucedida pela Medida Provisória nº 595/2012.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar, as principais alterações trazidas pela Lei nº. 12. 815/2013 foram:

- Possibilidade de privatização das administrações dos portos públicos;
- Esvaziamento de atribuições das Companhias Docas, que deixam de fazer o planejamento portuário;
- Extinção dos cargos de guarda portuária nas Companhias Docas;
- Permissão para que a iniciativa privada construa novos terminais (privativos) fora dos portos organizados para movimentar carga de terceiros, sem a necessidade de contratar trabalhadores portuários registrados pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) ou sindicatos;

- O Conselho de Autoridade Portuária (CAP), que era o principal órgão da administração portuária, passou a ter caráter consultivo;

- Transferência para a Secretaria de Portos da Presidência da República de todas as competências relativas a portos fluviais e lacustres que ensejam atribuídas ao Ministério dos Trabalhadores e ao Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT). (CASSAR, 2015. p. 288)

É preciso enfatizar que o art. 40 da Lei nº 12.815/2013 estabelece um rol de atividades portuárias que somente podem ser desenvolvidas por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado ou por portuários avulsos.

São elas: capatazia; estiva; conferência de carga; conserto de carga; vigilância de embarcações e bloco.

A definição legal dessas atividades está prevista nos incisos I, II, III, IV, V e VI do §1º, do art. 40, da Lei nº 12.815/2013:

I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;

II - estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;

III - conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;

IV - conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

V - vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e

VI - bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos. (BRASIL, 2013, Art. 40)

As atividades acima mencionadas, portanto, representam uma reserva de mercado, na medida em que são exclusivamente desempenhadas pelos trabalhadores portuários devidamente treinados, registrados ou cadastrados pelo órgão gestor de mão de obra (OGMO), razão pela qual fica o operador portuário compelido a valer-se, por imposição legal, dos serviços prestados pelo trabalhador avulso portuário.

Há de se ressaltar também que o operador portuário, em primeiro momento, deve preferenciar os trabalhadores avulsos mais assíduos, conforme leciona Cassar:

A regra é a seguinte: Primeiro o operador deve procurar dentre os avulsos registrados mais assíduos. Não havendo interessados ou número suficiente, poderá recorrer aos cadastrados e, apenas não havendo nenhum registrado e cadastrado, poderá procurar no mercado, à sua livre escolha, alguém para o trabalho e só contratá-lo depois de aplicar o curso de treinamento. Nessa hipótese o OGMO deverá proceder ao cadastro do portuário contratado, uma vez que, depois de despedido, poderá concorrer às escalas de trabalho. (CASSAR, 2015, p. 289)

Ponto fundamental no estudo da figura do trabalhador avulso portuário, portanto, é a figura do órgão gestor de mão de obra (OGMO).

2.5 Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO)

De acordo com o artigo 32 da Lei nº. 12.815/2013, os operadores portuários devem constituir em cada um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

I – administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;

II – manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;

III – treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador avulso portuário, inscrevendo-o no cadastro;

IV – selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;

V – estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador avulso;

VI – expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário;

VII – arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários. (BRASIL, 2013, Art. 32)

Não obstante, dispõe o parágrafo único do art. 32 da Lei nº. 12.815/2013:

Caso celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no instrumento precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto. (BRASIL, 2013, Art. 32)

Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado acrescenta que:

Obviamente que a falta desse instrumento de negociação coletiva produzirá a automática incidência do art. 7º, XXXIV, CF/88, com a aplicação dos direitos trabalhistas assegurados pela legislação heterônoma federal. (DELGADO, 2015, p. 366)

A inteligência do parágrafo único do art. 32 da Lei nº 12.815/2013 revela que se houver instrumento de negociação coletiva, seja ele contrato, acordo ou convenção, entre os trabalhadores avulsos portuários e o tomador do serviço, a relação de trabalho deverá ser regulada pelo próprio instrumento, sem a interlocução do OGMO, mas sim do sindicato respectivo, conforme orienta Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 289).

Em face de suas atribuições, a requisição de mão de obra por parte do tomador de serviços deverá ser dirigida diretamente ao órgão gestor de mão de obra, com previsão no que dispõe o art. 1º da Lei nº 9.719/1998.

É ainda atribuição do OGMO a promoção de rodízio entre os trabalhadores avulsos portuários, justamente em virtude da liberdade na prestação de serviços, já que os trabalhadores não têm vínculo empregatício com os órgãos intermediadores e nem com as empresas tomadoras de serviço, inteligência que se faz do art. 5º da Lei 9.719/1998.

Embora não exista formação de vínculo empregatício do avulso portuário com o OGMO e tampouco com o tomador de serviços, é importante ponderar que estes são solidariamente responsáveis pelo pagamento de encargos trabalhistas, sendo ainda vedada a invocação de benefício de ordem (Martins, 2016).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia acrescenta:

O operador portuário e o órgão gestor de mão de obra são *solidariamente responsáveis* pelo pagamento dos encargos trabalhistas, das contribuições previdenciárias e demais obrigações, inclusive acessórias, devidas à Seguridade Social, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, sendo vedada a invocação do benefício de ordem (Lei nº 9.719/1998, art. 2º, 4º). (GARCIA, 2012, p. 277)

E, para resguarda-se de prejuízo financeiro decorrente de calote, é facultado ao OGMO exigir dos operadores portuários garantia prévia dos respectivos pagamentos, para atender a requisição de trabalhadores portuários avulsos.

Salienta-se ainda que o órgão gestor de mão de obra, embora responsável pelo pagamento de encargos trabalhistas conjuntamente com o tomador de serviços, o mesmo não ocorre em relação a eventuais prejuízos causados pelos trabalhadores avulsos portuários aos tomadores dos seus serviços (LEITE, 2019).

Outra importante característica do OGMO é a inexistência de fins lucrativos, com fundamento no que estabelece o art. 39, da Lei nº. 12.815/2013, *in verbis*:

O órgão de gestão de mão de obra é reputado de utilidade pública, sendo-lhe vedado ter fins lucrativos, prestar serviços a terceiros ou exercer qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra. (BRASIL, 2013, Art. 39)

Como visto, a função primordial do OGMO é exercer a gestão da requisição de mão de obra que lhe é dirigida, assegurando o rodízio de revezamento entre os trabalhadores avulsos portuários.

A promoção de rodízio, que como dito anteriormente é um dever do OGMO, é a própria materialização do princípio constitucional da igualdade, a chamada igualdade material, uma vez que por meio do chamado rodízio, não se permite que determinados grupos sejam privilegiados em detrimento de outros.

O legislador preocupou-se efetivamente com a promoção do rodízio, ao estabelecer no art. 8º da Lei nº 9.719/1998:

Na escalação diária do trabalhador portuário avulso deverá sempre ser observado um intervalo mínimo de onze horas consecutivas entre duas jornadas, salvo em situações excepcionais, constantes de acordo ou convenção coletiva de trabalho. (BRASIL, 1998, Art. 8)

É dever do OGMO ainda recolher os valores devidos pelos serviços prestados pelos trabalhadores avulsos, referentes à remuneração, acrescidos por percentuais relativos a 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional, depósitos de FGTS, encargos fiscais e previdenciários, o que deve ser realizado no prazo limite de 24 (vinte e quatro) horas contados do fim da prestação do serviço, por inteligência que se faz da leitura do art. 2º da Lei nº 9.719/1998.

Após o recolhimento junto ao tomador de serviços, Sérgio Pinto Martins leciona que:

O órgão gestor de mão de obra irá efetuar o pagamento da remuneração pelos serviços executados e das parcelas referentes a 13º salário e férias, diretamente ao trabalhador portuário avulso (art. 2º da Lei nº 9.719/98). Depositará o órgão gestor de mão de obra as parcelas referentes às férias e ao 13º, separada e respectivamente, em cotas individuais vinculadas, a serem abertas e movimentadas às suas expensas, especialmente para este fim, em instituição bancária de sua livre escolha, sobre as quais deverão incidir rendimentos mensais com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança. Os depósitos serão efetuados no dia 2 do mês seguinte ao da prestação do serviço, prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subsequente se o vencimento cair em dia que não haja expediente bancário.

A liberação das parcelas referentes a 13º salário e férias, depositadas nas contas individuais vinculadas, e o recolhimento do FGTS e dos encargos fiscais e previdenciários serão efetuados conforme regulamentação do Poder Executivo.

O pagamento da remuneração pelos serviços executados será feito no prazo de 48 horas após o término do serviço. (MARTINS, 2016, p. 270-271)

Todavia, é importante salientar que os prazos acima mencionados, quais seja, 24 (vinte e quatro) horas para cobrança pelo OGMO dos valores alusivos à prestação dos serviços, e 48 (quarenta e oito) horas para repasse destes aos trabalhadores avulsos portuários, podem ser flexibilizados através de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme ensina Garcia (2012, p. 277).

Como visto, a função do OGMO é imprescindível para a atuação do trabalhador avulso portuário, pois é justamente através de sua interlocução que é possível captar a demanda do trabalho, promover a capacitação e treinamento dos avulsos portuários além de fazer a cobrança pelos serviços e a correspondente transferência àqueles que prestaram os serviços.

O órgão gestor de mão de obra efetivamente exerce função associada ao interesse coletivo, não somente da classe dos trabalhadores avulsos portuários, mas também da própria sociedade, assegurando a ordem na prestação dos serviços de forma isenta, sem fins lucrativos para tanto.

2.6 Trabalhador avulso não portuário

Trabalhador avulso não portuário, em que pese o próprio nome dê a ideia de que estes não poderiam prestar serviços em área portuária, há sim a possibilidade de prestação de serviços, de modo que o que diferencia do trabalhador avulso portuário é que este último tem a intermediação de mão de obra realizada pelo órgão gestor de mão de obra, enquanto o trabalhador avulso não portuário é arregimentado pelo sindicato.

O ponto que em comum entre o trabalhador avulso portuário e o não portuário é que ambos necessitam da intermediação obrigatória, o primeiro pelo sindicato e o último pelo OGMO.

Trabalhador avulso não portuário, portanto, pode ser definido como aquele que presta serviços a diversos tomadores diferentes, sem vínculo empregatício.

Em virtude de sua especificidade, a classe também é regulamentada por legislação específica, a Lei nº 12.023/2009, popularmente conhecida como lei dos movimentadores de mercadoria.

O art. 2º da estabelece quais atividades estão inseridas dentro da dinâmica de trabalho dos avulsos não portuários:

Art. 2º São atividades da movimentação de mercadorias em geral:

I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras;

II – operações de equipamentos de carga e descarga;

III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade. (BRASIL, 2009, Art. 2)

Ressalte-se, todavia, que o rol previsto nos incisos do art. 2º não é exaustivo, mas sim exemplificativo, razão pela qual é possível que outras tarefas sejam comuns aos movimentadores de mercadoria avulsos sem que estejam contemplados no dispositivo legal em referência.

Anteriormente à vigência da Lei nº 12.023/2009, que como dito, regulamentou a atividade desempenhada pelo trabalhador avulso na movimentação de mercadoria, estes trabalhadores encontram-se em situação de total desamparo, em que pese a Constituição Federal assegure a igualdade entre os trabalhadores avulsos e urbanos e rurais, com fundamento no que preconiza o artigo 7º, inciso XXXIV.

Com efeito, a atividade do movimentador de mercadoria, no cenário pretérito à vigência da lei, era de extrema situação de informalidade, o que por consequência ocasionava o desamparo dos trabalhadores avulsos.

Anteriormente à vigência da lei, era comum relatos de trabalhadores avulsos que se acidentavam no durante o desempenho de suas atividades, e o motivo é simples e aparente, a informalidade praticamente elimina a incidência das normas que regulamentam a segurança e a prevenção a acidentes.

Uma vez acidentados, seja porque não recebiam o tratamento adequado para o desempenho da função, ou porque não tinham à sua disposição todos os equipamentos de proteção individuais necessários para que desempenhassem suas atividades com segurança, esses trabalhadores rurais ficavam em extrema situação de vulnerabilidade.

Os movimentadores de mercadoria ficaram popularmente conhecidos como “chapa”, isso porque comumente, e até hoje, podem ser facilmente encontrados às margens das rodovias ao longo do Brasil, com uma placa (chapa) oferecendo serviços aos caminhoneiros que percorrem as estradas.

As ditas “chapas” geralmente estampam frases curtas e diretas como: “carga e descarga de mercadoria”, “descarrego”, “lavagem de caminhão”, por exemplo.

Além de estarem presentes em grande número nas rodovias ao longo do Brasil, os “chapas” também são facilmente encontrados nas centrais estaduais de

abastecimento (CEASA), onde também há grande circulação de caminhões que transportam produtos agrícolas entre outros.

Nos termos do artigo 1º da Lei 12.023/2009, as atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de acordo coletivo de trabalho.

Na concepção de Leite, a forma de contratação depende da vontade da própria empresa:

Vale dizer, a contratação de empregado ou de trabalhador avulso vai depender da vontade do outro sujeito da relação jurídica correspondente. Se o tomador do serviço quiser contratar trabalhador avulso deverá firmar acordo coletivo com o sindicato da categoria profissional; se quiser contratar empregado deverá firmar contrato de trabalho diretamente com o prestador de serviços (Lei 12.023, art. 3º) (LEITE, 2019, p. 283)

É patente, portanto, que as empresas têm duas opções para operacionalizar os seus serviços de movimentação de mercadoria: requisitar a mão de obra de trabalhador avulso, nesse caso com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional; ou contratar diretamente empregado para aquela determinada atividade, com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

A interpretação a contrário senso revela que as empresas não podem se valer da utilização do trabalhador temporário, regulamentado pela Lei nº 6.019/1974, que está diretamente associada à prestação de serviço destinado a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

De todo modo, o intuito da lei não foi dizimar a participação da classe dos trabalhadores avulsos na movimentação de mercadoria, mas sim dar ainda mais força a esta, através da regulamentação da classe, trazendo a necessidade de intermediação de obra pelo sindicato, órgão aguerrido e que luta pelos direitos coletivos e difusos da categoria.

Dada a sua importância nesse cenário, a entidade de classe profissional passou a ter diversas atribuições, pormenorizadas nos artigos 4º e 5º da Lei nº 12.023/2009:

Art. 4º O sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação, devendo prestar, com relação a estes, as seguintes informações:

I – os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato;

II – o serviço prestado e os turnos trabalhados;

III – as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores, registrando-se as parcelas referentes a:

a) repouso remunerado;

b) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

c) 13º salário;

d) férias remuneradas mais 1/3 (um terço) constitucional;

e) adicional de trabalho noturno;

f) adicional de trabalho extraordinário.

Art. 5º São deveres do sindicato intermediador:

I – divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores;

II – proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados;

III – repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso;

IV – exibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos;

V – zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho;

VI – firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para normatização das condições de trabalho.

§ 1º Em caso de descumprimento do disposto no inciso III deste artigo, serão responsáveis, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical.

§ 2º A identidade de cadastro para a escalação não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho. (BRASIL, 2009, Arts. 4º e 5º)

Extraí-se dos deveres mencionados no diploma legal, notadamente do parágrafo segundo do artigo 5º, que é incumbência da entidade de classe o cadastro dos trabalhadores avulsos, em documento distinto da carteira de associado, justamente para evitar a preferência ao sindicalizado ou a indução à associação sindical.

A regra é interessante na medida em que garante ao trabalhador avulso o tratamento isonômico por parte do sindicato, ainda que aquele determinado trabalhador opte por não se filiar à entidade de classe. Trata-se da materialização do princípio constitucional da liberdade de associação (Delgado, 2015).

Vólia Bomfim Cassar afirma que o princípio da liberdade sindical individual de associação pode ser tanto positiva quanto negativa:

A liberdade individual pode ser positiva ou negativa. Na positiva estão incluídos os seguintes direitos: a) o direito dos trabalhadores e dos empregados de se reunirem a companheiros de profissão ou a empresas com atividades iguais ou conexas para fundar sindicatos ou outras organizações sindicais; b) o direito de cada trabalhador ou empregador de filiar a essas organizações e nelas permanecer. Sob a ótica negativa, a liberdade sindical individual abrange: a) o direito de se retirar de qualquer organização sindical quando quiser; b) o direito de não filiar-se a sindicato ou outras organização sindical. (CASSAR, 2015, p. 1229)

A inteligência do artigo 5º, incisos I e II, dão conta de que é dever do sindicato viabilizar as escalas de revezamento dos trabalhadores avulsos aos tomadores de serviços, assegurando ainda equilíbrio na distribuição das equipes e funções desempenhadas, em prestígio ao princípio constitucional da igualdade.

Além de assegurar o princípio da igualdade, ao garantir que todos os trabalhadores avulsos poderão prestar serviços em situação de igualdade, evitando a segregação de determinados grupos, como, por exemplo, dos empregados que

optarem por não se sindicalizarem, o dever imposto pela Lei nº 12.023/2009 assegura ainda que os trabalhadores possam prestar serviços a diversas empresas distintas.

Com efeito, caso o sindicato descumpra essa obrigação que lhe foi imposta, de modo que o trabalhador avulso preste serviços sempre à mesma empresa, este perderia a sua própria condição de avulso, pois como visto anteriormente, trabalhador avulso é aquele que trabalha para diversos tomadores, sem vínculo empregatício com nenhum deles.

Logo, a multiplicidade de tomadores de serviços é uma condição vital ao trabalhador avulso não portuário (Cassar, 2015).

A lei pronuncia ainda que é dever do sindicato o repasse dos valores pelos tomadores de serviços aos seus reais destinatários, quais sejam, os trabalhadores avulsos, o que deverá ser feito no prazo de 72 (setenta e duas horas) contados a partir da arrecadação (Martins, 2016). Todavia, não há na legislação qualquer disposição sobre as consequências caso a entidade de classe não observe o prazo estipulado.

Nas lições de Vólia Bomfim Cassar, a intermediação do sindicato da mão de obra do trabalhador avulso na movimentação fere de morte o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal:

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), pois o seu papel é de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso. Todavia após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada pela lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade. (CASSAR, 2015, p. 281)

Acrescenta ainda a autora:

[...] a Lei nº 12.023/2009 não atinge todos os avulsos não portuários, mas tão somente os que trabalham na movimentação de marcadoria. Mesmo assim, a constitucionalidade da lei mencionada é discutida, pois fere de morte o art. 8º, III, da CRFB. (CASSAR, 2015, p. 282)

O entendimento da autora permite uma digressão ao estudo sobre a finalidade dos sindicatos.

São os sindicatos entidades associativas permanentes, que são criados com o viés de conduzir problemas coletivos de uma determinada classe de trabalhadores ou empregadores, através da defesa de seus interesses trabalhistas e conexos, e que tem como finalidade a melhoria da categoria de um modo geral (Cassar, 2015).

Maurício Godinho Delgado acrescenta:

A definição constrói-se tendo em vista os sindicatos obreiros, cuja presença confere a marca distintiva do Direito Coletivo, em uma dinâmica atual e em sua própria evolução histórica ao longo do capitalismo.

Entretanto, à medida que existem também, é claro, sindicatos empresariais, pode-se construir definição mais larga, que abranja os dois polos trabalhistas, de obreiros e de empregadores.

Nessa linha mais lata, envolvendo empregadores, empregados e outros obreiros que se vinculam sindicalmente (como profissionais liberais e trabalhadores avulsos), sindicatos seriam entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, “lato sensu”, e empregadores, visando a defesa de seus correspondentes interesses coletivos. (DELGADO, 2015, p. 1423)

Tem-se, pois, que da própria definição de sindicato, emerge também a sua principal função, que é justamente a da representatividade. Representatividade, sob a ótica do Direito Coletivo do Trabalho, corresponde a possibilidade de atuação em nome próprio do sindicato em defesa da categoria de um modo geral.

Essa prerrogativa garante ao sindicato a possibilidade de representar perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da categoria ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão. E, de acordo com Sérgio Pinto Martins (Martins, 2016, p. 1097) “Uma das funções precípua do sindicato é a de representar a categoria e não apenas os associados”.

Além da representação, os sindicatos têm função negocial, que consiste na habilidade em costurar convenções e acordos coletivos de trabalho, que surgem justamente da comunhão de interesses entre as categorias dos empregados e empregadores.

As entidades de classe têm, pois, a aptidão para o desenvolvimento da negociação coletiva, que emana justamente da função negocial dos sindicatos:

Os grupos sociais quando entram em negociação coletiva demonstram desenvolvimento e maturidade nas formas de composição de litígios, pois reduz a participação do Estado nas lides. A negociação coletiva é base de formação do Direito do Trabalho, pois se caracteriza como atividade típica de toda estrutura deste ramo do direito. (Cassar, 2015, p. 1251)

Sérgio Pinto Martins (Martins, 2016, p. 1098) compartilha do mesmo ponto de vista ao definir que “É melhor que as próprias partes resolvam seus conflitos, mediante concessões recíprocas, por meio de negociação”.

A função negocial dos sindicatos está prevista nos artigos 7º, XXVI, e 8º, inciso VI, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (BRASIL, 1988, Arts. 7º e 8º)

A leitura dos dispositivos constitucionais supramencionados revela que o legislador constitucional tratou de brindar os sindicatos com a função negocial, justamente porque essa, além de constituir uma função, é antes uma prerrogativa das entidades sindicais (Cairo Jr, 2017, 1166).

Com efeito, dentre as funções acima mencionadas, efetivamente não se percebe qualquer fundamento que viabilize e autorize que o sindicato atue como gestor de mão de obra, como se empresa fosse, na forma prevista na Lei nº 12.023/2009.

O sindicato, nessas condições, deixa de exercer suas principais atividades, passando a ser, por consequência, um mero intermediador de mão de obra, o que de fato está fora do propósito previsto no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

E justamente em virtude disso, muito se discute se a criação da Lei nº 12.023/2009 criou, por vias indiretas, reserva de mercado em relação à atividade do movimentador de mercadoria, uma vez que o art. 1º, ao afirmar que a atividade será exercida pelos trabalhadores avulsos, com a intermediação obrigatória do sindicato.

Afinal, a atividade de movimentação de mercadoria pode ser operacionalizada pelas empresas por meio de outro modelo de produção, ou o intuito do legislador foi mesmo de assegurar a exclusividade daquelas atividades aos trabalhadores avulsos?

Poderiam as empresas optar pela contratação de empresa terceirizada para realização da movimentação de mercadoria? A matéria permite uma digressão ao estudo ao fenômeno da terceirização.

3 TERCEIRIZAÇÃO

3.1 Conceito

Terceirização é um fenômeno que pode ser interpretado como a transferência de determinadas atividades tidas como menos relevantes dentro da empresa, as chamadas atividades periféricas, por empresas contratadas, especializadas

Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra, por motivo de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo.

Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa, chamada empresa contratante, passa a ser executada por outra empresa, denominada como contratada ou empresa prestadora de serviços.

Na concepção de Vólia Bomfim Cassar a terceirização pode ser definida como:

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou simulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal, (CASSAR, 2015, p. 480)

Terceirizar é, pois, passar as atividades periféricas, aquelas que não são as principais, para outra empresa, que se preocupará com a dita atividade periférica, desonerando, portanto, a empresa contratante, chamada de empresa tomadora.

Por meio da transferência dos serviços periféricos à empresa interposta, o tomador de serviços consegue voltar suas atenções para o escopo principal da empresa, o chamado núcleo central da empresa. O vínculo empregatício, todavia, continua sendo formado entre o empregado terceirizado e a empresa interposta (Cassar, 2015).

A terminologia terceirização decorre de neologismo proveniente da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. E quando se fala terceiro, não é sob a perspectiva jurídica, mas sim aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo ganhou força na seara da administração de empresas, sem qualquer relação com o Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Na visão de Otávio Pinto e Silva (SILVA, 2004, p. 60), terceirização pode ser concebida com uma técnica de administração que reflete a tendência de transmitir a terceiros atividades que anteriormente estavam a cargo da própria empresa.

Portanto, a terceirização tem múltiplas e variadas definições. Para os que são adeptos ao fenômeno, apontam para sua disseminação, e afirmam que a terceirização seria a horizontalização da atividade econômica, e que por meio disso grandes empresas estão transferindo para outras uma parte das funções, que até então estavam abaixo de seu guarda-chuva produtivo, e que eram até então por ela diretamente exercidas, concentrando-se, progressivamente, em rol de atividades cada vez mais restrito.

Essa é a linha, inclusive, a que se filia Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização prova uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e

intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2015, p. 474)

Nessa linha de pensamento, é possível estabelecer que a terceirização é um fenômeno que tem origem na administração de empresas, por meio da qual se operacionaliza a transferência de determinados segmentos a uma empresa especializada, constituindo uma relação trilateral.

Os integrantes da dita relação trilateral são: o trabalhador, que executa os serviços contratados pelo tomador de serviços, que o segundo integrante da relação, todavia, tem preservado o seu vínculo empregatício com a empresa terceirizante interposta, que completa, portanto, o triângulo.

Uma das funções da terceirização, senão a mais importante, é dinamizar a relação produtiva, isso porque é o mecanismo utilizado pelas empresas para obtenção de serviços específicos de quem não é efetivamente seu empregado, mas sim da empresa interposta, que por sua vez é especializada naquele determinado segmento, e, presumindo-se, ser detentora do *know-how* necessário para a execução da atividade.

Desse modo, por meio desse dinamismo, o tomador de serviço poupa tempo e dinheiro que seriam despendidos caso ele mesmo optasse pela contratação direta, com a capacitação do empregado.

A concepção de terceirização, portanto, surgiu da ideia de descentralizar determinadas atividades consideradas menos relevantes para as empresas, como, por exemplo, para uma escola.

Uma escola tem como seu núcleo central a prestação de serviços educacionais de qualidade. Com isso, é natural que concentre seus esforços na capacitação de seus professores e na metodologia de ensino.

Lado outro, outros serviços como, por exemplo, limpeza e segurança, não estão intrinsecamente ligados ao objetivo central da escola, sendo também natural que seja desejo a sua transferência para empresas especializadas nesses ramos.

Por se tratar de técnica de administração, que desencadeou um relevante fenômeno jurídico, é possível que suas concepções sejam ampliadas significativamente.

Diante disso questiona-se: e se a escola optasse também pela terceirização de serviços de seu núcleo central, isto é, pela contratação de empresa interposta para fornecimento de serviços que até então era desempenhado por seus professores?

A reflexão leva, inevitavelmente, ao estudo da normatividade que circunda historicamente a terceirização no Brasil.

3.2 Normatividade jurídica e regulamentação da terceirização

Assim como acontece de um modo geral, o Direito é instrumento pacificador dos fenômenos sociais, e a regulação dos temas surge do anseio da população, o que aconteceu igualmente com a terceirização.

Como leciona Maurício Godinho Delgado:

O avanço de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas década tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT. (DELGADO, 2015, p. 475)

E junto com essa quebra de modelo pragmático de fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, imperiosa foi a sua regulamentação no Direito brasileiro.

Efetivamente, a primeira regulamentação legal sobre a matéria surgiu com o advento da Lei nº 6.019/1974, popularmente conhecida como “lei do trabalho temporário”, que é um marco na terceirização do mercado privado nas empresas urbanas.

A Lei nº 6.019/1974 impulsionou a quebra do modelo clássico bilateral, promovendo uma verdadeira inflexão, todavia, ainda tímida pois como aduzido anteriormente, abarcava apenas a modalidade de terceirização temporária, e não permanente (Delgado, 2015, p. 478).

Sobre a diferenciação entre terceirização permanente e temporária, Vólia esclarece:

Temporária é aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (transitória), como, por exemplo, a autorizada pela Lei nº 6.019/74. Permanente, a terceirização que pode ser contratada de forma contínua, para necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes (Lei nº 7.102/83), por exemplo. (CASSAR, 2015, p. 484)

Como bem dirimido pela autora, a Lei nº 6.019/1974 não propiciava a transferência de atividades rotineiras na empresa, mas apenas que eram esporádicas, intituladas de transitórias.

O serviço de vigilância bancária foi pioneiro na possibilidade de terceirização permanente, através da edição da Lei nº 7.102/1983.

Veja-se, portanto, que até a edição da referida lei, as empresas estavam limitadas a terceirizar segmentos de forma temporária, em ocasiões episódicas, esporádicas.

Ao que se percebe, o intuito do legislador foi de criar uma tipicidade específica, totalmente dissociada, portanto, da relação clássica de emprego, consagrada nos artigos 2º e 3º da CLT.

Em virtude disso à Lei nº 6.019/1974 é dado o crédito pela criação do modelo trilateral, onde o vínculo empregatício se dá entre o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário, todavia, os serviços são prestados a um terceiro, efetivamente, sem que haja prejuízo do vínculo existente com a empresa de trabalho temporário.

É importante que se diga ainda que a Lei nº 6.019/1974, que como dito anteriormente, deu origem à figura do trabalhador temporário, em nada se relaciona com o empregado contratado por prazo determinado.

O trabalhador temporário não se confunde com a figura do trabalhador admitido a prazo, por curto período, pela própria empresa tomadora de serviços (por contrato de temporada, por exemplo). Esse último é empregado clássico, firmando relação de emprego com o tomador real de seu trabalho, regendo-se integralmente pela CLT e não pela Lei nº 6.019/74. As regras de seu contrato a termo estão insculpidas nos arts. 443 e 445 da CLT, por exemplo, ao passo que o temporário tem sua relação de emprego firmada com a empresa de trabalho temporário e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se, ademais à regência normativa da Lei n. 6.019. (DELGADO, 2015, p. 500)

De acordo com a definição presente no bojo do art. 2º, da Lei nº 6.019/1974 (BRASIL, 1974, Art. 2º) “trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória ou substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimos extraordinários de serviços”.

Seguindo a definição de trabalho temporário, é possível ainda estabelecer que a empresa de trabalho de temporário é a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos.

Na mesma linha de pensamento, trabalhador temporário pode ser definido como a pessoa física vinculada e subordinada a uma empresa de trabalho temporário, que fica responsável pelo pagamento de seu salário, que é contratado por outra empresa tomadora de seus serviços de forma temporária, em virtude de alguma necessidade intercorrente, podendo ser originária da substituição de pessoal ou para atender acréscimo extraordinário de serviço.

Caso descumpridos os requisitos por parte da tomadora de serviços temporário, o vínculo empregatício até então havido entre empresa de serviços temporário e trabalhador se dissolve, formando-se, por consequência, diretamente com o tomador dos serviços, isso porque o sistema jurídico estabelece limites à terceirização (Garcia, 2012, p. 346).

Os limites são bem dirimidos por Maurício Godinho:

A ordem justralhista especial que regula o trabalho temporário dispõe que não será qualquer trabalhador que poderá reger-se por esse tipo legal. A Lei n. 6.019/74 vale-se, por exemplo, da expressão *trabalhadores devidamente qualificados* (art. 4º), ao passo que o Regulamento Normativo da mesma lei (Decreto n. 73.841/74) utiliza-se da expressão *pessoal especializado* (art. 2º). A partir desses diplomas especiais pode-se inferir a intenção da ordem jurídica de limitar a figura excetiva do trabalho temporário a *funções e atividades caracterizadas por alguma qualificação ou especialização profissional*, ainda que mínima e não formalizada. (DELGADO, 2015, p. 501)

Há de se observar ainda que os limites à terceirização não ficaram restritos à imposição previstas na legislação especial, qual seja, Lei nº 6.019/1974 e Lei nº 7.102/1983, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 8.663/1994, flexibilizando a terceirização dos serviços de segurança não somente ao segmento bancário.

Com efeito, os limites impostos pela legislação infraconstitucional são importantes, todavia, mais ainda importantes são os limites implícitos que estão presentes na Constituição Federal de 1988, nas regras assecuratórias do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no bojo do artigo 1º, inciso III.

Além disso, é possível ainda observar a proteção ao trabalhador quando a Constituição o coloca os valores sociais do trabalho como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, inteligência que se faz do artigo 1º, inciso IV.

Sobretudo, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em estabelecer que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme consta do artigo 3º, inciso III.

Todos esses regramentos, ainda que se tratem de normas programáticas, de eficácia limitada, são norteadores.

É certo, portanto, que a legislação específica que regulamenta a terceirização deve ser interpretada nos limites principiológicos impostos pela Carta Cidadã.

Não se pode perder de vista que a terceirização, num país como o Brasil, tem o afã de geração de emprego e impulsão da economia, levando-se em consideração que historicamente o processo de terceirização surge da necessidade de reduzir custos com atividades tidas como menos importante para as empresas.

Vólia Bomfim Cassar faz importante ponderação sobre a redução de custos

A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí porque dos anos 90 pra cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda. (CASSAR, 2015, p. 481)

Diante da necessidade de interpretação sistemática da legislação em atenção aos preceitos constitucionais, a jurisprudência sofreu significativas modificações ao longo dos anos quando o tema é a terceirização.

A partir da vigência da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 (Brasil, 2017), que alterou dispositivos da Lei nº 6.019, a qual, como amplamente discutido, trata do trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas

empresas de prestação de serviços a terceiros, foi introduzida a possibilidade de empresas tomadoras de serviços terceirizarem suas atividades-fim.

Dessa forma, entende-se por terceirização de serviços, toda prestação de serviços efetuada por pessoa jurídica de direito privado que se destine a prestar serviços determinados e específicos à empresa contratante, conforme disposto no Artigo 4º-A, da Lei nº 13.429/2017. A empresa prestadora de serviços é responsável pela remuneração do trabalho realizado por seus funcionários, ou pela subcontratação de outras empresas para a prestação dos serviços a que se comprometeu a prestar. Ainda, é certo que o liame empregatício entre estabelecido entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, responsável diretamente pela remuneração e direção do trabalho do empregado não se perde, em que pese a execução atividade possa se dar em instalações físicas da empresa contratante.

3.3 Terceirização lícita e ilícita

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.429/2017, que alterou significativamente os dispositivos constantes da Lei nº 6.019/1974, predominava o entendimento legal e jurisprudencial de que a terceirização somente seria considerada lícita a terceirização na chamada “atividade-meio”.

Por razões lógicas, a terceirização perpetrada na chamada “atividade-fim” era considerada ilícita.

Portanto, a terceirização da atividade-fim estava inserida, até a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, dentro do rol de hipóteses de terceirização ilícita, assentadas na Súmula nº 331 do TST.

Maurício Godinho Delgado (Delgado, 2015, p. 488) delimita que constitui modalidade de terceirização ilícita a contratação de serviços que poderiam ser prestados com arrimo na Lei nº 6.019/1974, ou seja, os serviços temporários.

Como já elucidado anteriormente, na hipótese de contratação de trabalhador temporário, que, frise-se, não pode ser confundido com o trabalhador contratado por prazo determinado, aquele mantém preservado o vínculo empregatício com a empresa de trabalho temporário, a qual coloca à disposição de empresa contratante-cliente, em decorrência lógica do contrato firmado, os serviços de seu empregado.

Godinho acrescenta:

É claro que, ao lado dessas hipóteses de contratação tipificadas, a Lei n. 6.019 estabelece ainda outros requisitos para a admissão de trabalho temporário, cuja observância é da essência dessa figura excepcional justrabalhista [...] (DELGADO, 2015, p. 488)

Ainda de acordo com a inteligência da Súmula 331 do TST, especificamente em seu item III, estão inseridas dentro do rol de atividades lícitas a terceirização de serviços relacionados à vigilância, limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Anteriormente, o TST havia estabelecido o entendimento, através da Súmula nº 256, que por sua vez também tratava da legalidade na terceirização, de que salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, era considerado ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, o que desencadeava o reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Tem-se, pois, que através do cancelamento da Súmula nº 256, e consequente edição da Súmula nº 331, o TST ampliou as possibilidades de terceirização, o que é defendido por Maurício Godinho Delgado:

Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de súmula revisado. A Súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significava que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratam serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização. (DELGADO, 2015, p. 488)

Como visto, o item III da Súmula nº 331 definiu como hipóteses de terceirização lícita os serviços relacionados à vigilância, não restringindo sua atuação no segmento bancário, mas em todas as áreas.

Por sua vez, anteriormente, o TST tinha o entendimento de que as terceirizações de serviços relacionados à vigilância somente poderiam ser realizadas em empresas relacionadas ao setor bancário, seguindo a tônica da Lei nº 7.102/1983, o que havia sido consolidado na Súmula nº 256, cancelada posteriormente.

De igual modo, constitui modalidade de terceirização lícita as atividades de limpeza e conservação, também mencionados no item III da Súmula nº 331 do TST.

3.4 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim

Como mencionado anteriormente, o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Justiça do Trabalho, e refletido no item III da Súmula 331, do TST, *in fine*, era de que a terceirização de serviços ligados à atividade-fim do tomador de serviços seria considerada ilícita.

Ponto crucial, portanto, era identificar dentro do ciclo produtivo de cada empresa quais atividades estariam ligadas à chamada atividade-meio.

A matéria, inclusive, exige grande exercício de reflexão, por se tratarem de terminologias extremamente subjetivas, além do que não há qualquer regramento legal que aborde a matéria.

Portanto, as definições de atividade-meio e atividade-fim sempre foram objeto de estudo da doutrina juslaboral brasileira.

Na visão de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (GARCIA, 2012, p. 349) atividade-meio pode ser definida como “aquele de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe”.

Atividade-fim pode ser reconhecida como a atribuição empresarial e laboral que se insere no núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, incorporando a essência dessa dinâmica empresarial e contribuindo, inclusive, para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico (Delgado, 2015).

Por outro lado, atividades-meio são aquelas periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

De acordo com José Cairo Junior, é ainda possível diferenciar atividade-meio de atividade fim através do mérito da indispensabilidade:

Se determinada atividade é indispensável, ou seja, constitui condição sine qua non para o funcionamento da empresa, a hipótese será de atividade-fim. Caso contrário, se com a ausência temporária daquele

serviço a empresa desenvolve sua atividade, mesmo que com dificuldade, o caso será de atividade-meio. (CAIRO JR, 2017, p. 456)

A classificação a princípio, parece ser simples, mas, todavia, não é.

Diferenciar o que é indispensável dentro da cadeia produtiva de uma empresa não é de simples trato, isso porque a maioria das empresas funciona como um sistema composto de diversas pequenas engrenagens, que funcionam de forma concatenada e harmônica, de modo que o mau funcionamento de uma dessas engrenagens pode representar uma queda acentuada na produtividade da empresa de um modo geral, ou até mesmo com a paralisação total dos serviços.

Fato é que as relações trabalhistas estão a cada dia mais complexas, fruto, principalmente, do desenvolvimento tecnológico, o que permite uma interdisciplinaridade dentro do ambiente empresarial, o que quer dizer que é difícil avaliar qual a extensão de determinado segmento da empresa, para classificá-lo como integrante ou não do núcleo central da empresa.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim, quando encarada sob a ótica da essencialidade, toma como base uma empresa que utiliza como módulo de produção industrial o Fordismo, que tem como uma de suas principais características a produção em grande escala, em que o trabalhador executa uma única tarefa, baseada em uma clara setorização dentro da empresa.

Por sua vez, quando se toma como base uma empresa que utiliza como módulo de produção industrial o Toyotismo, em que trabalhadores executam diversas atividades dentro da cadeia produtiva, sendo difícil a tarefa de definir os segmentos da empresa, a identificação dos procedimentos associados ao núcleo se confunde com as próprias atividades periféricas, justamente em virtude da intensa integração dentro da empresa.

Nas lições de Pedro Paulo Teixeira Manus, a terceirização é imposta em razão da própria globalização. O autor descreve que o fenômeno é extremamente prejudicial aos trabalhadores, considerando que a escopo basilar da terceirização é justamente reduzir os custos, embora parte da doutrina insista em sustentar que não.

Lembre-se que a terceirização é situação imposta pelo fenômeno da globalização, à medida que a competitividade aumenta com esse processo que introduz entre nós outros competidores, como as empresas multinacionais, tornando o mercado altamente difícil para a

empresa nacional, impondo-lhe medidas drásticas para poder manter-se em atividade. (MANUS, 2015, p. 86)

De mais a mais, é certo que a terceirização é um fenômeno em ascensão no contexto empresarial brasileiro, e, em que pese a existência de verbete sumular que restringia a sua utilização nas hipóteses acima reportada, em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária realizada em 30 de agosto de 2018, debruçado sobre a matéria vertida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958.252 com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, aprovando a tese de repercussão geral n. 725.

3.5 Terceirização irrestrita: Tese nº 725

No mérito discutido na ADPF nº 324, o objeto era o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, invocando o enunciado 331 do TST, que supostamente estariam produzindo decisões contraditórias e restritivas, quando não impeditivas, da terceirização.

A alegação basilar da parte autora, Associação Brasileira do Agronegócio – ABAB, que essas decisões vinham acarretando a litigiosidade acerca da matéria, aumentando, por consequência, a insegurança jurídica.

Por sua vez, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, da relatoria do Ministro Luiz Fux, o objeto guarda relação com uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mantida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que impede que a parte autora, Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA, especializada em celulose, terceirize os serviços de reflorestamento e afins, por considerar que tais atividades estariam inseridas no contexto da atividade-fim da dinâmica de produção da empresa, o que seria vedado na concepção consolidada pelo TST.

A discussão elevada à apreciação do STF versava, sobretudo, em buscar qual a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direito dos empregados e o desenvolvimento econômico, de forma harmônica, isso porque em caso de insucesso no que diz respeito ao desenvolvimento econômico das empresas não há emprego, nem renda, tampouco a consolidação das garantias sociais conquistadas ao longo dos anos.

Subjacente a essa discussão, também estava uma dualidade que contrapunha uma visão protecionista e paternalista de um lado, e noutro bordo, uma visão emancipatória que procura fortalecer a negociação e a liberdade de contratar.

Não se pode perder de vista que o julgamento em conjunto dessas questões ocorreu justamente em cenário turbulento na economia brasileira, que à época tinha cerca de 13 milhões de desempregados, e cerca de 37 milhões de trabalhadores na informalidade.

Acentue-se ainda que no Direito do Trabalho a liberdade de contratar é rigidamente limitada pela constituição, com ou sem a terceirização. Desse modo, como é de amplo conhecimento, existem direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores que estarão sempre assegurados, desde que não sejam jogados na informalidade em virtude de regras trabalhistas excessivamente rígidas.

No entendimento do STF, a mera busca pela redução de custos não representa um elemento fulcral impeditivo e que torne ilícita a terceirização, justamente por fazer parte do negócio, da própria economia, o que garante, inclusive, a competitividade no mercado.

Foi levado em consideração pelo STF que a terceirização tem outros propósitos:

- a) Aumentar a qualidade através da contratação externa de serviços que não constituem o diferencial da empresa e que são prestados com maior eficiência por terceiros;
- b) Ampliar a capacidade para atender a aumento temporário de demandas;
- c) Possibilitar o acesso de mão de obra qualificada não dominada pela empresa;
- d) Desenvolver atividades que demandam conhecimento especializado e capacidade de atração de profissionais de ponta.

Tem-se ainda, de acordo com a decisão do STF, que o argumento de que a terceirização irrestrita representaria uma verdadeira precarização nas relações de emprego, com supressão de direitos básicos, não se sustenta justamente porque dentro da relação empregatício existente entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, as obrigações trabalhistas são exigíveis igualmente.

Acentuou ainda o STF que a empresa tomadora dos serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que por si só desmistifica as assertivas que inquinam à existência de precarização em casos de terceirização da chamada atividade-fim.

Quanto aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, estes asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade, desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição Federal e na legislação.

E, desde que respeitadas os direitos mínimos, a Constituição não impõe a adoção de um modelo específico de produção e tampouco impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis.

O olhar sistemático ao texto constitucional, remete ao entendimento de que a Constituição não veda nem implícita, nem explicitamente a terceirização.

No tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, o que permite que cada um projete dentro desses conceitos elásticos aquilo que lhe convém da melhor forma.

Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica sem precedentes, de modo que boa parte desses trabalhadores que trabalham na informalidade poderiam estar na formalidade, trabalhando em empresas terceirizadas.

Outro argumento consistente utilizado pelo STF é de que não há nenhuma lei que proíba a terceirização, de modo que essas restrições são impostas subjetivamente por criação da própria justiça do trabalho.

A invocação que se faz de violação dos artigos 2º e 3º da CLT, é de que esta prevê que as relações jurídicas sejam bilaterais, enquanto a terceirização como já analisado anteriormente, baseia-se numa relação trilateral.

Ademais, como se sabe, no direito privado, vigora o princípio da autonomia da vontade, de modo que se não há lei proibindo a terceirização, não há porque interpretar que exista essa proibição, desde que respeitados os direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição Federal e na legislação específica.

Com base nas razões acima expendidas, firmou o STF a Tese nº 725 com repercussão geral reconhecida no sentido de que:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. (STF, 2018, *online*)

O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, portanto, é de que é lícita a terceirização em todas as etapas produtivas da empresa, de modo que a discussão sobre atividade-meio e atividade-fim perdeu as forças, o que, inclusive, tornou obsoleta a Súmula nº 331 do TST, em pese ainda não tenha ocorrido a revisão do enunciado.

4 Análise de caso concreto

Caso emblemático e que demonstra cabalmente a grande discussão sobre a possibilidade ou não de terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria é a que envolve o Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Cargas e Descargas em Geral de Santa Helena de Goiás – SINCADE, e a empresa Monsanto do Brasil LTDA.

A empresa acima mencionada, Monsanto do Brasil LTDA., sempre fez uso da mão-de-obra de trabalhadores avulsos para executar os serviços de movimentação de mercadoria em uma de suas plantas, situada no município de Santa Helena de Goiás/GO.

Ciente das imposições fixadas na Lei nº 12.023/2009, que preconiza que a contratação do avulso deve necessariamente ser intermediada pelo sindicato da categoria, a empresa abriu negociação com o sindicato, do qual resultou acordo coletivo de trabalho, no ano de 2009.

O SINCADE, por sua vez, foi responsável pela gestão da mão-de-obra dos trabalhadores avulsos que atendiam à demanda da Monsanto.

Todavia, a empresa sucessivamente foi sendo incluída no polo passivo de reclamações trabalhistas movidas pelos trabalhadores avulsos, que pleiteavam, em suma, o reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços.

Diante de reiteradas decisões que deram provimento ao pedido de reconhecimento de vínculo empregatício dos trabalhadores avulsos diretamente com a tomadora dos serviços, a empresa em questão optou por não mais se valer da mão-de-obra dos trabalhadores avulsos para operacionalizar sua demanda relacionada à movimentação de mercadoria.

Em substituição a esse modelo, firmou contrato de prestação de serviços com empresa especializada no segmento de logística, denominada Comfrio Soluções Logísticas S/A, cujo objeto era praticamente idêntico aos serviços desempenhados pelos trabalhadores avulsos que estavam sendo intermediados pelo sindicato.

Em virtude do “rompimento” indireto do acordo coletivo de trabalho, o sindicato resolveu por bem ingressar com ação declaratória com obrigação de fazer, tombada sob o nº 0011287-23.2017.5.18.0103, em face da Monsanto do Brasil LTDA.

Por meio da aludida ação, o sindicato pretende que seja declarado nulo o contrato de prestação de serviços entabulado entre a Monsanto e a Comfrio.

Em seus fundamentos, sustenta o sindicato que a empresa terceirizada contratada pela Monsanto para desempenhar as atividades que movimentação de mercadoria, ofereceu proposta de emprego aos trabalhadores avulsos, sendo que cerca de 50% desses trabalhadores aceitou a proposta.

Sob a ótica do sindicato, a terceirização em questão representou efetiva situação de precarização, isso porque os trabalhadores avulsos que foram contratados pela empresa terceirizada tiveram reduções salariais substanciais, que atingiram, em alguns casos, o percentual de 50% de prejuízo salarial.

Ainda de acordo com o entendimento do sindicato, o art. 3º da Lei nº 12.023/2009 dispõe que as atividades de movimentação de mercadoria somente

poderiam ser exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício, ou em regime de trabalho avulso nas empresas tomadoras de serviços, o que vinha sendo exercido prioristicamente pela Monsanto através do acordo coletivo de trabalho pactuado.

Sob esse fundamento, sustentou o sindicato que o contrato de prestação de serviços entabulado pela Monsanto e Comfrio, cujo objeto era a terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, seria ilegal, e, por consequência, nulo de pleno direito, pois supostamente violaria os artigos 1º e 3º da Lei nº 12.023/2009, bem como o artigo 7º, VI, da Constituição Federal.

Em sua defesa, a Monsanto sustentou que somente optou pela terceirização em virtude dos sucessivos casos em que foi condenada ao reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com os trabalhadores avulsos.

A empresa sustentou ainda que as diversas sentenças se pautavam no fato de que os trabalhadores avulsos, por não existir alternância na prestação dos serviços para outras empresas, mas tão somente para a Monsanto, reuniam concomitantemente os requisitos ensejadores do vínculo empregatício, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Em sua defesa, foi sustentado ainda que o sindicato, ao deixar de observar a alternância entre os trabalhadores avulsos, isto é, deixar de cumprir uma obrigação imposta pela própria Lei nº 12.023/2009, que como visto anteriormente, estabelece em seu artigo 5º, inciso I, que incumbe ao sindicato intermediador a divulgação das escalas de trabalho dos trabalhadores avulsos, com a observância do rodízio, o que não foi feito, e, por consequência, configurou a existência de habitualidade na prestação dos serviços.

Ademais, a empresa articulou ainda que a Lei nº 12.023/2009 não criou uma reserva de mercado destinada aos trabalhadores avulsos, como leva a crer o sindicato em sua petição inicial.

Clarificou a empresa que a lei em questão cuidou de retirar os trabalhadores avulsos da extrema situação de informalidade, apenas impondo que os “chapas” deveriam ter seus serviços intermediados pela respectiva entidade de classe da categoria.

No entendimento da empresa, ao estabelecer que a atividade de movimentação de mercadoria em geral seria exercida pelo trabalhador avulso, com vínculo empregatício ou com intermediação obrigatória do sindicato, a lei na verdade tratou de blindar o trabalhador avulso da contratação informal, na medida em que caso haja a intermediação por parte do sindicato, o trabalhador estaria resguardado.

Da mesma forma, a empresa teria a opção de contratar esse trabalhador avulso por prazo indeterminado, ocasião em que o trabalhador deixaria de ser avulso e passaria a ser empregado.

A empresa enfatizou ainda que a Lei nº 12.023/2009 cuida exclusivamente da regulamentação dos trabalhadores avulsos, e que o contrato de prestação de serviços foi firmado com empresa que tem empregados efetivos, por prazo indeterminado, e não de avulsos.

Por fim, em síntese, sustentou ainda a reclamada que a Lei nº 12.023/2009, acima de tudo, é inconstitucional porque viola frontalmente o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, tal como defende Vólia Bomfim Cassar, relembre-se:

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), pois o seu papel é de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso. Todavia após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada pela lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade. (CASSAR, 2015, p. 281)

Em virtude da matéria vertida nos autos da ação declaratória, o Ministério Público do Trabalho (MPT) integra a demanda como guardião da lei, *custos legis*.

Em parecer o MPT entendeu que a lei em questão não representa inconstitucionalidade ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, isso porque enquanto intermediador de mão-de-obra do trabalhador avulso, o sindicato é garantidor da concretização dos direitos desses trabalhadores.

Por sua vez, em sentença, interpretou que não obstante à Tese nº 725 do STF, estudada anteriormente, resultado do julgamento em conjunto da ADPF 324 e RE 958.252, em que se reconheceu a licitude de terceirização em todos os estágios produtivos da empresa, o cerne do caso concreto em exame reside especificamente

sobre a possibilidade de terceirização das atividades de movimentação de mercadorias abrangidas pela Lei nº 12.023/2009.

Todavia, interpretou o magistrado que o STF, no aludido julgamento, ponderou acerca da inexistência de precarização de mão de obra terceirizada, mormente porque a flexibilização tem como base a criação de emprego e a redução do custo da estruturação da tomadora de serviços, o que supostamente não ocorreu no caso concreto.

Sob a ótica do juízo de 1º grau, a diminuição dos salários, em relação aos trabalhadores avulsos que posteriormente foram contratados pela empresa terceirizada, representou efetivo prejuízo aos empregados, tornando ilícito o contrato entabulado, embora houvesse ressalva no cumprimento da Lei nº 12.023/2009 pelo sindicato, quando à rotatividade dos empregados prevista na lei.

Entendeu ainda que a ampliação das hipóteses de terceirização trazidas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, por se tratarem de legislações gerais, prevalece os regramentos abarcados na Lei nº 12.023/2009, que por sua vez é específica e regulamenta a matéria de modo pontual.

Com base nas razões supra, decidiu o magistrado que são procedentes em partes os pedidos formulados pelo sindicato, declarando a nulidade do contrato de terceirização dos serviços firmado entre a Monsanto e Comfrio.

Ainda, determinou o magistrado que a Monsanto do Brasil LTDA., deveria valer-se da contratação de trabalhadores avulsos para executar as atividades de movimentação de mercadoria, com o intermédio obrigatório do sindicato, o que supostamente estaria em sintonia com os artigos 2º e 3º da Lei nº 12.023/2009.

As empresas rés interpuseram recurso ordinário e foram apresentadas contrarrazões pelo sindicato, já houve, inclusive, sustentação oral pelos patronos da Monsanto, Comfrio e sindicato. O processo, todavia, foi retirado de pauta por pedido de vistas do desembargador revisor do caso.

Portanto, o ponto fulcral que viabiliza a terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, é que ao contratar uma empresa especializada em serviços de logística, a empresa tomadora dos serviços não está contratando

trabalhadores avulsos de forma ilegal, pelo contrário, os empregados terceirizados, por assim dizer, são efetivamente empregados, sob o regime celetista!

Não se trata, portanto, de contratação de trabalhador avulso por empresa terceirizada. Caso fosse esse o caso, a contratação seria fraudulenta e ilegal, pois como visto amplamente, a Lei nº 12.023/2009 exige a intermediação obrigatória do sindicato.

Todavia, por interpretação do alcance da lei, tem-se que não existe reserva de mercado aos trabalhadores avulsos na atividade de serviços associados à movimentação de mercadoria.

Isso implica dizer que empresas de logísticas podem operacionalizar serviços na movimentação de mercadoria, desde que o façam através da contratação de empregados com vínculo de origem bilateral, modelo clássico estabelecido na CLT, consagrado nos artigos 2º e 3º da CLT.

A conotação da Lei nº 12.023/2009, como ponderado anteriormente, deve ser apreciada em conjunto ao histórico que envolve a regulamentação do trabalhador avulso, popularmente conhecido como “chapa”.

Os trabalhadores em questão ofereciam seus serviços literalmente às margens das rodovias, em total situação de desamparo. E diante desse clamor por proteção, foi editada a Lei nº 12.023, com viés de retirar da informalidade a classe dos trabalhadores avulsos, o que foi materializado com a imperiosidade do intermédio do sindicato.

Escusas à repetição, não se verifica na lei qualquer artigo que leve a crer que as atividades de movimentação de mercadoria somente podem ser realizadas pelos trabalhadores avulsos.

Some-se ainda ao fato de que a Excelsa Corte sedimentou a possibilidade de terceirização em qualquer setor da empresa, em qualquer segmento econômico.

É certo que a legislação especial deve necessariamente sobrepor-se à legislação geral, isso implicaria dizer que a Lei nº 12.023/2009 prepondera em relação à própria CLT. De fato, há sobreposição harmônica.

Lado outro, não há qualquer disposição na Lei nº 12.023/2009 que vede a execução de serviços na movimentação de mercadoria por empresa terceirizada.

O teor da lei, em verdade, é de que quando a empresa optar pela prestação de serviços de trabalhador avulso, deverá fazê-lo por intermédio da entidade de classe, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O termo “quando” é fundamental nessa análise. Isso demonstra que existem outras possibilidades.

Essas possibilidades seriam: a contratação de empregado com vínculo por prazo indeterminado, nos moldes de contratação bilateral clássica; e a contratação de empresa terceirizada especializada no segmento, desde que essa também contrate empregados sob o regime celetista.

Nessa última hipótese, não há que se falar em contratação ilegal de trabalhador avulso, justamente porque a empresa terceirizada não utiliza trabalhadores avulsos, mas sim empregados regidos pela CLT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado realmente é complexo, principalmente em virtude das alterações na legislação que ocorreram ao longo dos anos. Não se pode perder de vista que a mudança na jurisprudência, em que pese ter sido reconhecida a repercussão geral à Tese nº 725 do Supremo Tribunal Federal, ainda não houve uniformização jurisprudencial no âmbito da justiça do trabalho.

Como abordado amplamente, os trabalhadores avulsos, principalmente os não portuários, que desempenham as atividades perfilhadas na Lei nº 12.023/2009, anteriormente à sua vigência, encontravam-se em situação de total desamparo e vulnerabilidade.

A lei, portanto, teve o escopo principal de proteger essa classe de trabalhadores. Por intermédio da Lei nº 12.023/2009, ainda que muito se discuta sobre a sua constitucionalidade, o legislador incluiu o sindicato na relação entre empresa tomadora dos serviços e trabalhador avulso, numa verdadeira posição de garantidor

dos direitos sociais básicos assegurados na Constituição Federal e na legislação específica.

Com efeito, foi louvável a intuição do legislador ao trazer o sindicato como figura intermediadora na contratação do trabalhador avulso na movimentação de mercadoria, todavia, por mais minuciosa que seja feita a análise no tocante às disposições legais constantes na Lei nº 12.023/2009, com a devida vênia aos entendimentos dissidentes, não se verifica qualquer justificativa plausível que impeça que as atividades de movimentação de mercadoria também sejam exercidas por intermédio de empresa terceirizada.

Como dito, tem-se que a Lei nº 12.023/2009 tratou de resguardar os direitos básicos dos trabalhadores avulsos, todavia, em momento algum criou uma reserva de mercado para essa classe de trabalhadores.

Não já fossem suficientes esses elementos, há de se ponderar ainda que, como visto enfaticamente, a terceirização é um fenômeno que surge dentro do plano da administração de empresas, sendo uma técnica adotada amplamente não só no Brasil como no mundo inteiro.

No mais, a legislação atual caminha no inexorável sentido da flexibilização da terceirização, colocando de lado conceitos jurídicos vagos e, hoje, obsoletos, o que ganhou força significativamente em virtude da modernização das formas de produção e das relações de trabalho, o que torna cada vez mais necessária a flexibilização dos entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria.

De mais a mais, não se pode perder de vista que o Direito é um instrumento de pacificação social, e, especificamente no que diz respeito à matéria vertida no presente estudo, deve garantir de forma harmônica a preservação do pleno emprego, de salários dignos e a quantidade máxima de benefícios comportadas pela economia.

A terceirização da atividade de movimentação de mercadoria, portanto, mostra-se mais do que importante, e sim necessária, legítima e lícita.

REFERÊNCIAS

- Brasil. 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil, de 6 de outubro de 1988. *Planalto*. [Online] 6 de outubro de 1988. [Citado em: 11 de setembro de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- **1943.** Decreto lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Planalto*. [Online] 1 de maio de 1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.
- **2009.** Lei nº 12.023, de 27 de agosto de 2009. *Planalto*. [Online] 27 de agosto de 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12023.htm
- **2013.** Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. *Planalto*. [Online] 5 de junho de 2013. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm
- **2017.** Lei 13.429, de 31 de março de 2017. *Planalto*. [Online] 31 de março de 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm.
- **1974.** Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. *Planalto*. [Online] 3 de janeiro de 1974. [Citado em: 16 de agosto de 2019.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm.
- **1983.** Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. *Planalto*. [Online] 20 de junho de 1983. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm
- **1991.** Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Planalto*. [Online] 24 de julho de 1991. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm
- **1993.** Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. *Planalto*. [Online] 25 de fevereiro de 1993. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm
- **1998.** Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998. *Planalto*. [Online] 27 de novembro de 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9719.htm
- Cassar, Vólia Bomfim. 2015.** *Direito do Trabalho*. 11. Rio de Janeiro : Método, 2015
- Delgado, Maurício Godinho. 2004.** *Curso de Direito do Trabalho*. 3. São Paulo : Ltr, 2004.
- Delgado, Maurício Godinho. 2015.** *Curso de Direito do Trabalho*. 14. São Paulo : Ltr, 2015.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. 1986.** *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. 2012.** *Curso de Direito do Trabalho*. 6. Rio de Janeiro : Forense, 2012.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. 2012.** *Curso de Direito do Trabalho*. 6. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

Houaiss, Antônio. 2001. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2001.

Junior, José Cairo. 2017. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. Salvador : JusPodivm, 2017.

Leite, Carlos Henrique Bezerra. 2019. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. São Paulo : Saraiva, 2019.

Martins, Sérgio Pinto. 2016. *Direito do Trabalho*. 32. São Paulo : Saraiva, 2016.

Magano, Otávio Bueno. 1992. *Manual de Direito do Trabalho*. 3. São Paulo : LTr, 1992.

Manus, Pedro Paulo Teixeira. 2015. *Direito do Trabalho*. 16. São Paulo : Atlas, 2016.

Nascimento, Amauri Mascaro. 2012. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. São Paulo : Saraiva, 1999.

Neto, Francisco Ferreira Jorge; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 2017. *Manual de Direito do Trabalho*. 4. São Paulo : Atlas, 2017.

Saad, Eduardo Gabriel; Saad, José Eduardo Duarte; Branco, Ana Maria Saad Castelo. 2004. *CLT comentada*. São Paulo : LTr, 2004.

Silva, Otávio Pinto e. 2004. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo : LTr, 2004.

Silva, Homero Batista Mateus. 2017. *Comentários à Reforma Trabalhista - Análise da Lei 13.467/2017*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO

**SÃO PAULO
2019**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof.(a). Mestre(a) Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari.

**SÃO PAULO
2019**

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof.(a). Mestre(a) Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

A atividade de movimentação de mercadoria historicamente remete aos períodos de Brasil Colônia e Império, entre os séculos XVI e XVIII, em que trabalhadores executavam tarefas braçais como o ensacamento, carga e descarga de café, algodão, cacau entre outras culturas agrícolas. A atividade em questão também está intrinsecamente ligada à origem da figura do trabalhador avulso. Com o avanço das relações de trabalho, necessária e providencial também foi a modernização das atividades desempenhadas pelos movimentadores de mercadoria avulsos, o que ocasionou, por consequência, a criação de leis específicas para regulamentar e preservar os direitos sociais dessa classe de trabalhadores. Paralelamente, outros meios de produção foram sendo desenvolvidos e aperfeiçoados ao longo dos anos, dentre os quais está inserida a terceirização de serviços. A intercorrência da terceirização de serviços em quase todas as etapas do processo produtivo das empresas traz consigo uma zona gris sobre os limites e sua forma de materialização na rotina das empresas, promovendo uma reflexão a respeito das consequências sobre os demais modelos de produção, como por exemplo o fim da utilização do trabalhador avulso na movimentação de mercadoria.

Palavras-chave: Movimentação de mercadoria; terceirização; trabalhador avulso; relações de trabalho; livre concorrência e livre iniciativa.

ABSTRACT

The activity of movement of goods historically refers to the periods of Colony and Empire Brazil, between the 16th and 18th centuries, in which workers performed manual tasks such as bagging, picking and dropping coffee, cotton, cocoa and other agricultural crops. The activity in question is also intrinsically linked to the origin of the self-employed figure. With the advancement of labor relations, necessary and providential, was also the modernization of the activities performed by the loose commodity movers, which led, consequently, the creation of specific laws to regulate and preserve the social rights of this class of workers. At the same time, other means of production have been developed and improved over the years, among which is outsourcing services. The occurrence of outsourcing services in almost all stages of the companies' production process brings with it a gray zone about the limits and their form of materialization in the companies' routine, promoting a reflection about the consequences on other production models, as for example, the end of the use of the self-employed in the movement of goods.

Key words: Movement of goods; outsourcing services; self-employed worker; work relationships.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
OGMO	Órgão Gestor de Mão-de-Obra
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RE	Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O TRABALHADOR AVULSO	11
2.1	Conceito.....	11
2.2	Características e exemplos de trabalhador avulso	13
2.3	Diferenciações entre Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso	15
2.4	Trabalhador Avulso Portuário.....	19
2.5	Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).....	21
2.6	Trabalhador avulso não portuário	25
3	TERCEIRIZAÇÃO	33
3.1	Conceito.....	33
3.2	Normatividade jurídica e regulamentação da terceirização	36
3.3	Terceirização lícita e ilícita	40
3.4	Distinção entre atividade-meio e atividade-fim	42
3.5	Terceirização irrestrita: Tese nº 725	44
4	Análise de caso concreto.....	47
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS.....	11

1 INTRODUÇÃO

A classe dos trabalhadores avulsos na movimentação de mercadoria sofreu ao longo dos anos com situação de latente desamparo legal, marginalizados e sem a proteção necessária à preservação de garantias sociais básicas, conferidas às demais classes.

Com a modernização das relações de trabalho, inclusive, nos préstimos dos próprios trabalhadores avulsos, a necessidade de regulamentação da categoria foi ganhando força, ainda que de forma tímida e simplória. Ciente da necessidade de preservação dos direitos básicos do trabalhador avulso, o legislador tratou de brindar a categoria com regramentos específicos, impondo, por exemplo, a necessidade de intermediação obrigatória do sindicato na contratação do avulso nas atividades de movimentação de mercadoria.

O presente trabalho tem o enfoque na análise das nuances que envolvem a contratação do trabalhador avulso na atividade de movimentação de mercadoria. Para tanto, serão analisados prioristicamente os aspectos conceituais da categoria, a sua evolução no que diz respeito à regulamentação e, principalmente, se a legislação especial criou ou não uma reserva de mercado para os trabalhadores avulsos.

Posteriormente, adentrar-se-á ao tema de Terceirização, com sua devida conceituação, classificação, contexto histórico que envolve a matéria e, por fim, o cenário atual quanto à sua aceitação em todas as etapas produtivas das empresas.

Efetuada as conceituações fundamentais sobre os temas, será abordado caso prático que demonstra a discussão sobre a possibilidade de terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, com estudo focado nas concepções trazidas nas leis que versam sobre o trabalhador avulso, em paralelo com o entendimento jurisprudencial sobre a licitude de terceirização em todas as atividades da empresa.

Por fim, serão analisados os fundamentos constitucionais que asseguram às empresas a liberdade na escolha do seu modelo de produção, englobando, portanto, a terceirização das atividades que julgarem pertinentes.

2 O TRABALHADOR AVULSO

2.1 Conceito

Entende-se por trabalhador avulso aquele que oferta sua força de trabalho por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, todavia, sem estabelecer com nenhum deles um vínculo efetivo.

É possível, pois, acentuar que o trabalho avulso está inserido no rol das relações de trabalho em sentido amplo, isso porque ante a ausência do requisito da habitualidade, não é possível enquadrá-lo como empregado em *stricto sensu*. Eis que, nessa linha de pensamento, aquele que presta serviços eventualmente não é empregado (Martins, 2016)

Por sua vez, trabalho é atividade inerente à pessoa humana, integrando o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim (Houaiss, 2001).

A relação de emprego, sob o prisma jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes (Delgado, 2015).

A relação de emprego resulta de conglomerado de elementos reunidos em um dado contexto social. Dessa forma, a relação de emprego resulta da conjugação de certos fatores imprescindíveis, sem os quais não se vislumbra a relação empregatícia.

Além do requisito da habitualidade (não eventualidade), são ainda elementos obrigatórios para o estabelecimento da relação de emprego em sentido estrito:

- (a) prestação de serviços por pessoa física a outrem;
- (b) pessoalidade;
- (c) trabalho prestado sob fiscalização e subordinação; e
- (d) onerosidade.

Tem-se, pois, que o divisor que leva à classificação de trabalhador avulso é justamente a ausência de habitualidade.

Nessa linha de pensamento, o requisito da não eventualidade, o ramo jus trabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação sócio jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento: a relação de emprego (Delgado, 2015).

Por fim, com base nos conceitos acima perfilhados, pode-se definir a não eventualidade como sendo é possível resumir a não eventualidade na seguinte exemplificação: um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clubes campestres, por exemplo), não poderia se configurar como trabalhador eventual, devido a possibilidade de auferir o tomador de serviços examinado (Delgado 2015).

Portanto, ante a ausência do requisito fático da não eventualidade, avulso é aquele que por sua natureza ou condições de execução, não tem longa duração e, tanto faz, para a sua caracterização, seja ele cumprido com ou sem subordinação, mas em qualquer caso, sempre em troca de salário (Saad, 2014).

O trabalhador avulso pode ser definido, no âmbito do sistema geral da previdência social, todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe.

Nos ensinamentos de Sergio Pinto Martins, é possível conceituar trabalhador avulso da seguinte maneira:

O trabalhador é, assim, a pessoa física que presta serviço sem vínculo empregatício, de natureza urbana ou rural, a diversas pessoas, sendo sindicalizado ou não, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional ou do órgão gestor de mão de obra. Não é de qualquer categoria, mas de categoria profissional. (MARTINS, 2016, p. 266).

Leciona ainda que o trabalhador avulso não presta serviços com pessoalidade, isso porque o trabalhador pode ser substituído por outra pessoa:

Ao tomador não interessa normalmente que o serviço seja feito por determinada e específica pessoa, mas que o trabalho seja realizado.

Pouco importa quem irá fazer o trabalho. A relação, portanto, não é intuitu personae. (MARTINS, 2016, p. 266).

Além disso, é preciso anotar ainda que o trabalhador avulso não é subordinado nem à pessoa a quem presta serviços, muito menos ao sindicato, que apenas arregimenta a mão de obra e paga os trabalhadores, de acordo com o valor recebido das empresas.

Dessa forma, o sindicato apenas funciona como órgão gestor da mão de obra, atuando como um interlocutor na relação entre empresas e trabalhador avulso.

Por meio da dita interlocução, o sindicato é responsável pelo rateio dos valores pagos referentes à prestação de serviços entre aqueles que efetivamente prestam os serviços.

2.2 Características e exemplos de trabalhador avulso

Com base nas definições em análise, é possível caracterizar o trabalhador avulso da seguinte forma: a) possui liberdade na prestação de serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, muito menos com as empresas tomadoras de serviço; b) há a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa, como na prática ocorre; o sindicato ou o órgão gestor de mão de obra fazem a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e fazendo o rateio entre as pessoas que participaram da prestação de serviços; d) o curto período em que o serviço é prestado ao beneficiário.

De acordo com os ensinamentos de Sergio Pinto Martins, são exemplos de trabalhador avulso:

(a) o estivador, inclusive o trabalhador de estiva em carga e minério. A atual lei dos portuários (Lei nº 12.815/13) considera, no inciso II, do §1º, do art. 40, a estiva como a atividade de movimentação de mercadorias nos convéses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como carregamento e descarga, quando realizados com equipamentos de bordo. A estiva compreende normalmente uma atividade que empregue força muscular. O estivador usa equipamento do navio e não do porto. A movimentação é feita apenas no convés ou porão do navio

No caso em tela o estivado é tanto aquele que trabalha no porto como o que faz serviços de estiva em carga e minério;

(b) o trabalhador em alvarenga. É o trabalhador que presta serviços em grande barcaça de transporte de carga e minério;

(c) o conferente de carga e descarga. O inciso III do §1º do art. 40 da Lei nº. 12.815 estabelece que a conferência de carga de volumes, a anotação de suas características, procedência ou destino, a verificação do estado das mercadorias, a assistência à pesagem, a conferência do manifesto, e os demais serviços correlatos nas operações de carregamento e descarregamento de embarcações.

Nessa atividade não há o emprego de força muscular, necessitando que o trabalhador tenha apenas alguma formação escolar para realizar a conferência;

(d) o consertador de carga e descarga. O inciso IV, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815 determina que o conserto de carga se refere ao reparo e à restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

(e) o vigia portuário. A vigilância de embarcações é definida no inciso V, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815 como a atividade de fiscalização de entrada e saída de pessoas a bordo de embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadoria em portalós (local onde se entra no navio; abertura por onde se faz o serviço do navio), rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação;

(f) o amarrador da embarcação. É a pessoa que amarra a embarcação quando o navio chega ao cais;

(g) o trabalhador em serviço de bloco. Considera-se bloco a atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos (inciso VI, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815);

(h) o trabalhador em capatazia. A capatazia é a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário (inciso I, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815). O capataz usa equipamento do porto e não do navio;

(i) o arrumador;

(j) o ensacador de café, cacau, sal e similares;

(k) o trabalhador na indústria de extração de sal;

(l) o carregador de bagagem em porto;

(m) o prático de barra em portos. É a pessoa que conduz o navio até a barra do porto;

(n) o guindasteiro;

(o) o classificador, movimentador e o empacotador de mercadoria;

(p) outros que forem classificados pelo Ministério do Trabalho.

(MARTINS, 2016, p. 268-269)

Na concepção de Francisco Jorge Ferreira Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, a definição de trabalhador avulso sequer exige a necessidade de intermediação pelo sindicato:

A noção de trabalhador avulso não mais exige a intermediação da entidade sindical. Nesse sentido, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, em seu art. 11, inciso VI, define trabalhador avulso in verbis: “Quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento.”. (NETO e CAVALCANTE, 2017, p. 95)

2.3 Diferenciações entre Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso

Muito se discute sobre a conceituação de Trabalhador Avulso, o que, inclusive, gera dúvidas sobre a sua semelhança em relação ao Trabalhador Eventual, isso porque o conceito de eventualidade é extremamente subjetivo.

Delgado (2015, p. 363) leciona que existem quatro principais teorias que versam sobre o tema, e que buscam justamente eleger critérios objetivos para facilitar o conceito e identificação do trabalho eventual.

Seriam elas: teoria do evento; teoria da descontinuidade; teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) e a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços.

A **Teoria do Evento**, de acordo com os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar (2015, p. 272) leva em conta se o tipo de serviço para o qual o trabalhador é contratado é de curta duração para a empresa.

Considera ainda que eventual é o trabalhador contratado apenas para um caso específico, em caráter manifestamente transitório, ou seja, de curta duração em relação à atividade da empresa, como, por exemplo, para realização de obra ou serviço certo.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2015, p. 363), trata-se daquele trabalhador contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa.

A Teoria do Evento, todavia, não tem aceitação doutrinária, isso porque embora o serviço possa ser curto, é possível que exista necessidade permanente na empresa contratante daquele determinado serviço, não se tratando, portanto, de hipótese esporádica e episódica.

É o caso, por exemplo, das colheitas e plantações em períodos de safra na condução de culturas agronômicas.

Por sua vez, a **Teoria dos Fins da Empresa** considera que eventual é o serviço não coincidente com os fins da empresa, ou seja, com o propalado núcleo central da atividade empresarial.

Nesse sentido, a teoria em referência preconiza que o empregado presta serviços em razão de necessidades normais da atividade econômica do empregador (Martins, 2016).

A Teoria dos Fins da Empresa, portanto, identifica no eventual o trabalhador contratado pra realizar tarefas estranhas aos fins do empreendimento, as quais, justamente por serem alheias ao núcleo central da empresa, em teoria, tenderiam a ser episódicas e curtas (Delgado, 2015).

Por outro lado, a **Teoria da Descontinuidade** define como eventual o trabalho desempenhado pela ótica do trabalhador, isso quer dizer que trabalho eventual seria aquele que não se repete para um mesmo trabalhador, que é descontínuo, executado de modo fracionado, episódico, raro sem sequência.

Sob essa perspectiva de pensamento, o trabalhador eventual presta serviços a vários tomadores, em intervalos certos de tempo, ligados ao evento, ou seja, terminado o serviço, o trabalhador não mais regressaria à empresa, a princípio.

Por seu turno, a **Teoria da Fixação Jurídica** define que o trabalhador eventual é aquele que presta serviços para diversos tomadores, simultaneamente, sem se fixar de forma definitiva e exclusiva a nenhuma delas (Cassar, 2015).

Um de seus idealizadores, Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 324), sustenta que a eventualidade é o acaso, a contingência, a incerteza. Nesse sentido, trabalhado eventual, espelhado na Teoria da Fixação Jurídica e nos ensinamentos de

Nascimento, é aquele prestado a diversos destinatários, que variam no tempo, de modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

Por fim, a **Teoria dos Fins da Empresa**, que prevalece na doutrina e jurisprudência brasileira, aborda o trabalho eventual sob a ótica da empresa, desprezando-se a pessoa do trabalhador e destacando a figura do serviço em reação à atividade empresarial.

O ponto de partida, portanto, é identificar se aquele serviço que será prestado está ou não inserido dentro do núcleo central da empresa, dentro da normalidade de seu funcionamento. Caso não esteja inserida dentro da chamada “atividade normal” é, pois, eventual.

Para a Teoria dos Fins da Empresa, é necessário que ocorra um acontecimento incerto, casual, fortuito em relação à atividade da empresa.

Fato é que a depender da teoria escolhida, é possível extrair que a repetição da mão de obra de um mesmo trabalhador para um tomador pode caracterizar a pessoalidade ou o trabalho não eventual, o que o retiraria a condição de trabalhador eventual.

Sergio Pinto Martins conceitua trabalho eventual:

O trabalho prestado em caráter eventual é o ocasional, fortuito, esporádico, episódico. Não é possível, contudo, considerar como eventual o fato de que o trabalho não se insere na vida normal da empresa. Existem trabalhadores que prestam serviços a empresa, embora não estejam incorporados a sua atividade normal. É o caso do eletricista que trabalha na indústria automobilística. Apesar de essa indústria não ter por atividade questões de eletricidade, mas a produção de veículos automotores, o trabalhador que presta serviços com habitualidade é considerado empregado. De outro modo, se o eletricista vai uma vez ou outra para reparar as instalações elétricas daquela empresa, aí, sim, estará caracteriza a eventualidade, pois o trabalhador foi contratado apenas para determinado evento na empresa, ou seja, reparar sua instalação elétrica. (MARTINS, 2016, p. 265)

Portanto, de acordo com o autor, a premissa básica para identificação de trabalho eventual é seu caráter esporádico, episódico e ocasional, pouco importando se este está inserido ou não na vida normal da empresa.

Todavia, Maurício Godinho Delgado (2015, p. 364) diverge da posição de Martins, sob o fundamento de que trabalha eventual seria aquele que reúne os seguintes pressupostos:

Descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; c) curta duração do trabalho prestado; d) natureza do trabalho concernente a evento certo, determinado e episódico quanto à regular dinâmica do empreendimento do tomador dos serviços; e) em consequência, a natureza do trabalho não seria também correspondente ao padrão dos fins normais do empreendimento.

Sob a ótica de Godinho (2002, p. 334), com base nas considerações acima explicitadas, seria o trabalhador avulso uma modalidade de trabalho eventual que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles.

A corrente é ainda defendida por Octávio Megano (1992, p. 151), que, inclusive, entende que Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso são sinônimos.

Cassar (2015, p. 279) segue posicionamento antagônico, e conforme percebe-se, mais coerente sobre o tema, ao afirmar que o trabalho eventual é aquele episódico, esporádico, decorrente de fato fortuito. Por seu turno, o trabalho avulso pode prestar serviços “previsíveis”, permanentes sob o ponto de vista da necessidade da empresa e de curta duração.

Na visão de Neto e Cavalcante, a diferença fica mesmo por conta da existência de interlocutor (sindicato no caso dos trabalhadores avulsos não portuários e órgão gestor de mão de obra no caso dos trabalhadores avulsos portuários), o que não é necessário na contratação dos serviços do trabalhador eventual:

É imperiosa a distinção entre trabalhador avulso e o eventual. Nas duas modalidades, a prestação de serviços ocorre por curtos períodos de tempo para diversos tomadores de serviços. O ponto diferencial reside na intermediação dos serviços na figura do trabalho avulso. A intermediação pode ocorrer pela entidade sindical ou pelo OGM.

Trabalhador avulso é a pessoa física que presta serviços, sem a configuração de relação de emprego, para diversos tomadores, de natureza urbana ou rural, sendo sindicalizado ou não, com a intermediação obrigatória da entidade sindical profissional ou do órgão gestor de mão de obra. (NETO e CAVALCANTE, 2017, p. 95)

2.4 Trabalhador Avulso Portuário

Em face da importância dos portos para a economia nacional, o trabalhador avulso portuário é regido por legislação específica, atualmente, pela Lei nº 12.815/2013, que ficou popularmente conhecida como “nova lei dos portos”.

O trabalhador avulso portuário, portanto, pode ser definido como aquele que presta serviços, sem vínculo de emprego, a inúmeros tomadores, sendo que a dita prestação de serviços ocorre nas proximidades da orla marinha, lacustre ou fluvial, ou seja, no setor portuário.

A inexistência de vínculo do trabalhador avulso portuário está prevista no bojo do art. 34 da Lei nº. 12.815/2013, que por sua vez prevê “O exercício das atribuições previstas nos arts. 32 e 33 pelo órgão de gestão de mão de obra portuário não implica vínculo com trabalhador portuário avulso.” (BRASIL, 2013).

Tão importante quanto a definição do que o trabalhador avulso portuário, é a própria aceção do que vem a ser instalação portuária, que por sua vez pode ser definida como o local utilizado para movimentação de passageiros ou para movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

Anteriormente à Lei nº 12.815/2013, o trabalhador avulso portuário era regulamentado pela Lei nº 8.630/1993, sucedida pela Medida Provisória nº 595/2012.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar, as principais alterações trazidas pela Lei nº. 12. 815/2013 foram:

- Possibilidade de privatização das administrações dos portos públicos;
- Esvaziamento de atribuições das Companhias Docas, que deixam de fazer o planejamento portuário;
- Extinção dos cargos de guarda portuária nas Companhias Docas;
- Permissão para que a iniciativa privada construa novos terminais (privativos) fora dos portos organizados para movimentar carga de terceiros, sem a necessidade de contratar trabalhadores portuários registrados pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) ou sindicatos;

- O Conselho de Autoridade Portuária (CAP), que era o principal órgão da administração portuária, passou a ter caráter consultivo;
- Transferência para a Secretaria de Portos da Presidência da República de todas as competências relativas a portos fluviais e lacustres que ensejam atribuídas ao Ministério dos Trabalhadores e ao Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT). (CASSAR, 2015. p. 288)

É preciso enfatizar que o art. 40 da Lei nº 12.815/2013 estabelece um rol de atividades portuárias que somente podem ser desenvolvidas por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado ou por portuários avulsos.

São elas: capatazia; estiva; conferência de carga; conserto de carga; vigilância de embarcações e bloco.

A definição legal dessas atividades está prevista nos incisos I, II, III, IV, V e VI do §1º, do art. 40, da Lei nº 12.815/2013:

- I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;
- II - estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;
- III - conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;
- IV - conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;
- V - vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e

VI - bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos. (BRASIL, 2013, Art. 40)

As atividades acima mencionadas, portanto, representam uma reserva de mercado, na medida em que são exclusivamente desempenhadas pelos trabalhadores portuários devidamente treinados, registrados ou cadastrados pelo órgão gestor de mão de obra (OGMO), razão pela qual fica o operador portuário compelido a valer-se, por imposição legal, dos serviços prestados pelo trabalhador avulso portuário.

Há de se ressaltar também que o operador portuário, em primeiro momento, deve preferenciar os trabalhadores avulsos mais assíduos, conforme leciona Cassar:

A regra é a seguinte: Primeiro o operador deve procurar dentre os avulsos registrados mais assíduos. Não havendo interessados ou número suficiente, poderá recorrer aos cadastrados e, apenas não havendo nenhum registrado e cadastrado, poderá procurar no mercado, à sua livre escolha, alguém para o trabalho e só contratá-lo depois de aplicar o curso de treinamento. Nessa hipótese o OGMO deverá proceder ao cadastro do portuário contratado, uma vez que, depois de despedido, poderá concorrer às escaldas de trabalho. (CASSAR, 2015, p. 289)

Ponto fundamental no estudo da figura do trabalhador avulso portuário, portanto, é a figura do órgão gestor de mão de obra (OGMO).

2.5 Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO)

De acordo com o artigo 32 da Lei nº. 12.815/2013, os operadores portuários devem constituir em cada um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

I – administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;

II – manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;

III – treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador avulso portuário, inscrevendo-o no cadastro;

IV – selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;

V – estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador avulso;

VI – expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário;

VII – arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários. (BRASIL, 2013, Art. 32)

Não obstante, dispõe o parágrafo único do art. 32 da Lei nº. 12.815/2013:

Caso celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no instrumento precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto. (BRASIL, 2013, Art. 32)

Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado acrescenta que:

Obviamente que a falta desse instrumento de negociação coletiva produzirá a automática incidência do art. 7º, XXXIV, CF/88, com a aplicação dos direitos trabalhistas assegurados pela legislação heterônoma federal. (DELGADO, 2015, p. 366)

A inteligência do parágrafo único do art. 32 da Lei nº 12.815/2013 revela que se houver instrumento de negociação coletiva, seja ele contrato, acordo ou convenção, entre os trabalhadores avulsos portuários e o tomador do serviço, a relação de trabalho deverá ser regulada pelo próprio instrumento, sem a interlocução do OGMO, mas sim do sindicato respectivo, conforme orienta Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 289).

Em face de suas atribuições, a requisição de mão de obra por parte do tomador de serviços deverá ser dirigida diretamente ao órgão gestor de mão de obra, com previsão no que dispõe o art. 1º da Lei nº 9.719/1998.

É ainda atribuição do OGMO a promoção de rodízio entre os trabalhadores avulsos portuários, justamente em virtude da liberdade na prestação de serviços, já que os trabalhadores não têm vínculo empregatício com os órgãos intermediadores e nem com as empresas tomadoras de serviço, inteligência que se faz do art. 5º da Lei 9.719/1998.

Embora não exista formação de vínculo empregatício do avulso portuário com o OGMO e tampouco com o tomador de serviços, é importante ponderar que estes são solidariamente responsáveis pelo pagamento de encargos trabalhistas, sendo ainda vedada a invocação de benefício de ordem (Martins, 2016).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia acrescenta:

O operador portuário e o órgão gestor de mão de obra são *solidariamente responsáveis* pelo pagamento dos encargos trabalhistas, das contribuições previdenciárias e demais obrigações, inclusive acessórias, devidas à Seguridade Social, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, sendo vedada a invocação do benefício de ordem (Lei nº 9.719/1998, art. 2º, 4º). (GARCIA, 2012, p. 277)

E, para resguarda-se de prejuízo financeiro decorrente de calote, é facultado ao OGMO exigir dos operadores portuários garantia prévia dos respectivos pagamentos, para atender a requisição de trabalhadores portuários avulsos.

Salienta-se ainda que o órgão gestor de mão de obra, embora responsável pelo pagamento de encargos trabalhistas conjuntamente com o tomador de serviços, o mesmo não ocorre em relação a eventuais prejuízos causados pelos trabalhadores avulsos portuários aos tomadores dos seus serviços (LEITE, 2019).

Outra importante característica do OGMO é a inexistência de fins lucrativos, com fundamento no que estabelece o art. 39, da Lei nº. 12.815/2013, *in verbis*:

O órgão de gestão de mão de obra é reputado de utilidade pública, sendo-lhe vedado ter fins lucrativos, prestar serviços a terceiros ou exercer qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra. (BRASIL, 2013, Art. 39)

Como visto, a função primordial do OGMO é exercer a gestão da requisição de mão de obra que lhe é dirigida, assegurando o rodízio de revezamento entre os trabalhadores avulsos portuários.

A promoção de rodízio, que como dito anteriormente é um dever do OGMO, é a própria materialização do princípio constitucional da igualdade, a chamada igualdade material, uma vez que por meio do chamado rodízio, não se permite que determinados grupos sejam privilegiados em detrimento de outros.

O legislador preocupou-se efetivamente com a promoção do rodízio, ao estabelecer no art. 8º da Lei nº 9.719/1998:

Na escalação diária do trabalhador portuário avulso deverá sempre ser observado um intervalo mínimo de onze horas consecutivas entre duas jornadas, salvo em situações excepcionais, constantes de acordo ou convenção coletiva de trabalho. (BRASIL, 1998, Art. 8)

É dever do OGMO ainda recolher os valores devidos pelos serviços prestados pelos trabalhadores avulsos, referentes à remuneração, acrescidos por percentuais relativos a 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional, depósitos de FGTS, encargos fiscais e previdenciários, o que deve ser realizado no prazo limite de 24 (vinte e quatro) horas contados do fim da prestação do serviço, por inteligência que se faz da leitura do art. 2º da Lei nº 9.719/1998.

Após o recolhimento junto ao tomador de serviços, Sérgio Pinto Martins leciona que:

O órgão gestor de mão de obra irá efetuar o pagamento da remuneração pelos serviços executados e das parcelas referentes a 13º salário e férias, diretamente ao trabalhador portuário avulso (art. 2º da Lei nº 9.719/98). Depositará o órgão gestor de mão de obra as parcelas referentes às férias e ao 13º, separada e respectivamente, em cotas individuais vinculadas, a serem abertas e movimentadas às suas expensas, especialmente para este fim, em instituição bancária de sua livre escolha, sobre as quais deverão incidir rendimentos mensais com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança. Os depósitos serão efetuados no dia 2 do mês seguinte ao da prestação do serviço, prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subsequente se o vencimento cair em dia que não haja expediente bancário.

A liberação das parcelas referentes a 13º salário e férias, depositadas nas contas individuais vinculadas, e o recolhimento do FGTS e dos encargos fiscais e previdenciários serão efetuados conforme regulamentação do Poder Executivo.

O pagamento da remuneração pelos serviços executados será feito no prazo de 48 horas após o término do serviço. (MARTINS, 2016, p. 270-271)

Todavia, é importante salientar que os prazos acima mencionados, quais seja, 24 (vinte e quatro) horas para cobrança pelo OGMO dos valores alusivos à prestação dos serviços, e 48 (quarenta e oito) horas para repasse destes aos trabalhadores avulsos portuários, podem ser flexibilizados através de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme ensina Garcia (2012, p. 277).

Como visto, a função do OGMO é imprescindível para a atuação do trabalhador avulso portuário, pois é justamente através de sua interlocução que é possível captar a demanda do trabalho, promover a capacitação e treinamento dos avulsos portuários além de fazer a cobrança pelos serviços e a correspondente transferência àqueles que prestaram os serviços.

O órgão gestor de mão de obra efetivamente exerce função associada ao interesse coletivo, não somente da classe dos trabalhadores avulsos portuários, mas também da própria sociedade, assegurando a ordem na prestação dos serviços de forma isenta, sem fins lucrativos para tanto.

2.6 Trabalhador avulso não portuário

Trabalhador avulso não portuário, em que pese o próprio nome dê a ideia de que estes não poderiam prestar serviços em área portuária, há sim a possibilidade de prestação de serviços, de modo que o que diferencia do trabalhador avulso portuário é que este último tem a intermediação de mão de obra realizada pelo órgão gestor de mão de obra, enquanto o trabalhador avulso não portuário é arregimentado pelo sindicato.

O ponto que em comum entre o trabalhador avulso portuário e o não portuário é que ambos necessitam da intermediação obrigatória, o primeiro pelo sindicato e o último pelo OGMO.

Trabalhador avulso não portuário, portanto, pode ser definido como aquele que presta serviços a diversos tomadores diferentes, sem vínculo empregatício.

Em virtude de sua especificidade, a classe também é regulamentada por legislação específica, a Lei nº 12.023/2009, popularmente conhecida como lei dos movimentadores de mercadoria.

O art. 2º da estabelece quais atividades estão inseridas dentro da dinâmica de trabalho dos avulsos não portuários:

Art. 2º São atividades da movimentação de mercadorias em geral:

I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras;

II – operações de equipamentos de carga e descarga;

III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade. (BRASIL, 2009, Art. 2)

Ressalte-se, todavia, que o rol previsto nos incisos do art. 2º não é exaustivo, mas sim exemplificativo, razão pela qual é possível que outras tarefas sejam comuns aos movimentadores de mercadoria avulsos sem que estejam contemplados no dispositivo legal em referência.

Anteriormente à vigência da Lei nº 12.023/2009, que como dito, regulamentou a atividade desempenhada pelo trabalhador avulso na movimentação de mercadoria, estes trabalhadores encontram-se em situação de total desamparo, em que pese a Constituição Federal assegure a igualdade entre os trabalhadores avulsos e urbanos e rurais, com fundamento no que preconiza o artigo 7º, inciso XXXIV.

Com efeito, a atividade do movimentador de mercadoria, no cenário pretérito à vigência da lei, era de extrema situação de informalidade, o que por consequência ocasionava o desamparo dos trabalhadores avulsos.

Anteriormente à vigência da lei, era comum relatos de trabalhadores avulsos que se acidentavam no durante o desempenho de suas atividades, e o motivo é simples e aparente, a informalidade praticamente elimina a incidência das normas que regulamentam a segurança e a prevenção a acidentes.

Uma vez acidentados, seja porque não recebiam o tratamento adequado para o desempenho da função, ou porque não tinham à sua disposição todos os equipamentos de proteção individuais necessários para que desempenhassem suas atividades com segurança, esses trabalhadores rurais ficavam em extrema situação de vulnerabilidade.

Os movimentadores de mercadoria ficaram popularmente conhecidos como “chapa”, isso porque comumente, e até hoje, podem ser facilmente encontrados às margens das rodovias ao longo do Brasil, com uma placa (chapa) oferecendo serviços aos caminhoneiros que percorrem as estradas.

As ditas “chapas” geralmente estampam frases curtas e diretas como: “carga e descarga de mercadoria”, “descarrego”, “lavagem de caminhão”, por exemplo.

Além de estarem presentes em grande número nas rodovias ao longo do Brasil, os “chapas” também são facilmente encontrados nas centrais estaduais de

abastecimento (CEASA), onde também há grande circulação de caminhões que transportam produtos agrícolas entre outros.

Nos termos do artigo 1º da Lei 12.023/2009, as atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de acordo coletivo de trabalho.

Na concepção de Leite, a forma de contratação depende da vontade da própria empresa:

Vale dizer, a contratação de empregado ou de trabalhador avulso vai depender da vontade do outro sujeito da relação jurídica correspondente. Se o tomador do serviço quiser contratar trabalhador avulso deverá firmar acordo coletivo com o sindicato da categoria profissional; se quiser contratar empregado deverá firmar contrato de trabalho diretamente com o prestador de serviços (Lei 12.023, art. 3º) (LEITE, 2019, p. 283)

É patente, portanto, que as empresas têm duas opções para operacionalizar os seus serviços de movimentação de mercadoria: requisitar a mão de obra de trabalhador avulso, nesse caso com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional; ou contratar diretamente empregado para aquela determinada atividade, com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

A interpretação a contrário senso revela que as empresas não podem se valer da utilização do trabalhador temporário, regulamentado pela Lei nº 6.019/1974, que está diretamente associada à prestação de serviço destinado a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

De todo modo, o intuito da lei não foi dizimar a participação da classe dos trabalhadores avulsos na movimentação de mercadoria, mas sim dar ainda mais força a esta, através da regulamentação da classe, trazendo a necessidade de intermediação de obra pelo sindicato, órgão aguerrido e que luta pelos direitos coletivos e difusos da categoria.

Dada a sua importância nesse cenário, a entidade de classe profissional passou a ter diversas atribuições, pormenorizadas nos artigos 4º e 5º da Lei nº 12.023/2009:

Art. 4º O sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação, devendo prestar, com relação a estes, as seguintes informações:

I – os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato;

II – o serviço prestado e os turnos trabalhados;

III – as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores, registrando-se as parcelas referentes a:

a) repouso remunerado;

b) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

c) 13º salário;

d) férias remuneradas mais 1/3 (um terço) constitucional;

e) adicional de trabalho noturno;

f) adicional de trabalho extraordinário.

Art. 5º São deveres do sindicato intermediador:

I – divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores;

II – proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados;

III – repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso;

IV – exibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos;

V – zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho;

VI – firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para normatização das condições de trabalho.

§ 1º Em caso de descumprimento do disposto no inciso III deste artigo, serão responsáveis, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical.

§ 2º A identidade de cadastro para a escalação não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho. (BRASIL, 2009, Arts. 4º e 5º)

Extraí-se dos deveres mencionados no diploma legal, notadamente do parágrafo segundo do artigo 5º, que é incumbência da entidade de classe o cadastro dos trabalhadores avulsos, em documento distinto da carteira de associado, justamente para evitar a preferência ao sindicalizado ou a indução à associação sindical.

A regra é interessante na medida em que garante ao trabalhador avulso o tratamento isonômico por parte do sindicato, ainda que aquele determinado trabalhador opte por não se filiar à entidade de classe. Trata-se da materialização do princípio constitucional da liberdade de associação (Delgado, 2015).

Vólia Bomfim Cassar afirma que o princípio da liberdade sindical individual de associação pode ser tanto positiva quanto negativa:

A liberdade individual pode ser positiva ou negativa. Na positiva estão incluídos os seguintes direitos: a) o direito dos trabalhadores e dos empregados de se reunirem a companheiros de profissão ou a empresas com atividades iguais ou conexas para fundar sindicatos ou outras organizações sindicais; b) o direito de cada trabalhador ou empregador de filiar a essas organizações e nelas permanecer. Sob a ótica negativa, a liberdade sindical individual abrange: a) o direito de se retirar de qualquer organização sindical quando quiser; b) o direito de não filiar-se a sindicato ou outras organização sindical. (CASSAR, 2015, p. 1229)

A inteligência do artigo 5º, incisos I e II, dão conta de que é dever do sindicato viabilizar as escalas de revezamento dos trabalhadores avulsos aos tomadores de serviços, assegurando ainda equilíbrio na distribuição das equipes e funções desempenhadas, em prestígio ao princípio constitucional da igualdade.

Além de assegurar o princípio da igualdade, ao garantir que todos os trabalhadores avulsos poderão prestar serviços em situação de igualdade, evitando a segregação de determinados grupos, como, por exemplo, dos empregados que

optarem por não se sindicalizarem, o dever imposto pela Lei nº 12.023/2009 assegura ainda que os trabalhadores possam prestar serviços a diversas empresas distintas.

Com efeito, caso o sindicato descumpra essa obrigação que lhe foi imposta, de modo que o trabalhador avulso preste serviços sempre à mesma empresa, este perderia a sua própria condição de avulso, pois como visto anteriormente, trabalhador avulso é aquele que trabalha para diversos tomadores, sem vínculo empregatício com nenhum deles.

Logo, a multiplicidade de tomadores de serviços é uma condição vital ao trabalhador avulso não portuário (Cassar, 2015).

A lei pronuncia ainda que é dever do sindicato o repasse dos valores pelos tomadores de serviços aos seus reais destinatários, quais sejam, os trabalhadores avulsos, o que deverá ser feito no prazo de 72 (setenta e duas horas) contados a partir da arrecadação (Martins, 2016). Todavia, não há na legislação qualquer disposição sobre as consequências caso a entidade de classe não observe o prazo estipulado.

Nas lições de Vólia Bomfim Cassar, a intermediação do sindicato da mão de obra do trabalhador avulso na movimentação fere de morte o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal:

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), pois o seu papel é de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso. Todavia após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada pela lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade. (CASSAR, 2015, p. 281)

Acrescenta ainda a autora:

[...] a Lei nº 12.023/2009 não atinge todos os avulsos não portuários, mas tão somente os que trabalham na movimentação de marcadoria. Mesmo assim, a constitucionalidade da lei mencionada é discutida, pois fere de morte o art. 8º, III, da CRFB. (CASSAR, 2015, p. 282)

O entendimento da autora permite uma digressão ao estudo sobre a finalidade dos sindicatos.

São os sindicatos entidades associativas permanentes, que são criados com o viés de conduzir problemas coletivos de uma determinada classe de trabalhadores ou empregadores, através da defesa de seus interesses trabalhistas e conexos, e que tem como finalidade a melhoria da categoria de um modo geral (Cassar, 2015).

Maurício Godinho Delgado acrescenta:

A definição constrói-se tendo em vista os sindicatos obreiros, cuja presença confere a marca distintiva do Direito Coletivo, em uma dinâmica atual e em sua própria evolução histórica ao longo do capitalismo.

Entretanto, à medida que existem também, é claro, sindicatos empresariais, pode-se construir definição mais larga, que abranja os dois polos trabalhistas, de obreiros e de empregadores.

Nessa linha mais lata, envolvendo empregadores, empregados e outros obreiros que se vinculam sindicalmente (como profissionais liberais e trabalhadores avulsos), sindicatos seriam entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, “lato sensu”, e empregadores, visando a defesa de seus correspondentes interesses coletivos. (DELGADO, 2015, p. 1423)

Tem-se, pois, que da própria definição de sindicato, emerge também a sua principal função, que é justamente a da representatividade. Representatividade, sob a ótica do Direito Coletivo do Trabalho, corresponde a possibilidade de atuação em nome próprio do sindicato em defesa da categoria de um modo geral.

Essa prerrogativa garante ao sindicato a possibilidade de representar perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da categoria ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão. E, de acordo com Sérgio Pinto Martins (Martins, 2016, p. 1097) “Uma das funções precípua do sindicato é a de representar a categoria e não apenas os associados”.

Além da representação, os sindicatos têm função negocial, que consiste na habilidade em costurar convenções e acordos coletivos de trabalho, que surgem justamente da comunhão de interesses entre as categorias dos empregados e empregadores.

As entidades de classe têm, pois, a aptidão para o desenvolvimento da negociação coletiva, que emana justamente da função negocial dos sindicatos:

Os grupos sociais quando entram em negociação coletiva demonstram desenvolvimento e maturidade nas formas de composição de litígios, pois reduz a participação do Estado nas lides. A negociação coletiva é base de formação do Direito do Trabalho, pois se caracteriza como atividade típica de toda estrutura deste ramo do direito. (Cassar, 2015, p. 1251)

Sérgio Pinto Martins (Martins, 2016, p. 1098) compartilha do mesmo ponto de vista ao definir que “É melhor que as próprias partes resolvam seus conflitos, mediante concessões recíprocas, por meio de negociação”.

A função negocial dos sindicatos está prevista nos artigos 7º, XXVI, e 8º, inciso VI, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (BRASIL, 1988, Arts. 7º e 8º)

A leitura dos dispositivos constitucionais supramencionados revela que o legislador constitucional tratou de brindar os sindicatos com a função negocial, justamente porque essa, além de constituir uma função, é antes uma prerrogativa das entidades sindicais (Cairo Jr, 2017, 1166).

Com efeito, dentre as funções acima mencionadas, efetivamente não se percebe qualquer fundamento que viabilize e autorize que o sindicato atue como gestor de mão de obra, como se empresa fosse, na forma prevista na Lei nº 12.023/2009.

O sindicato, nessas condições, deixa de exercer suas principais atividades, passando a ser, por consequência, um mero intermediador de mão de obra, o que de fato está fora do propósito previsto no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

E justamente em virtude disso, muito se discute se a criação da Lei nº 12.023/2009 criou, por vias indiretas, reserva de mercado em relação à atividade do movimentador de mercadoria, uma vez que o art. 1º, ao afirmar que a atividade será exercida pelos trabalhadores avulsos, com a intermediação obrigatória do sindicato.

Afinal, a atividade de movimentação de mercadoria pode ser operacionalizada pelas empresas por meio de outro modelo de produção, ou o intuito do legislador foi mesmo de assegurar a exclusividade daquelas atividades aos trabalhadores avulsos?

Poderiam as empresas optar pela contratação de empresa terceirizada para realização da movimentação de mercadoria? A matéria permite uma digressão ao estudo ao fenômeno da terceirização.

3 TERCEIRIZAÇÃO

3.1 Conceito

Terceirização é um fenômeno que pode ser interpretado como a transferência de determinadas atividades tidas como menos relevantes dentro da empresa, as chamadas atividades periféricas, por empresas contratadas, especializadas

Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra, por motivo de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo.

Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa, chamada empresa contratante, passa a ser executada por outra empresa, denominada como contratada ou empresa prestadora de serviços.

Na concepção de Vólia Bomfim Cassar a terceirização pode ser definida como:

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou simulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal, (CASSAR, 2015, p. 480)

Terceirizar é, pois, passar as atividades periféricas, aquelas que não são as principais, para outra empresa, que se preocupará com a dita atividade periférica, desonerando, portanto, a empresa contratante, chamada de empresa tomadora.

Por meio da transferência dos serviços periféricos à empresa interposta, o tomador de serviços consegue voltar suas atenções para o escopo principal da empresa, o chamado núcleo central da empresa. O vínculo empregatício, todavia, continua sendo formado entre o empregado terceirizado e a empresa interposta (Cassar, 2015).

A terminologia terceirização decorre de neologismo proveniente da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. E quando se fala terceiro, não é sob a perspectiva jurídica, mas sim aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo ganhou força na seara da administração de empresas, sem qualquer relação com o Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Na visão de Otávio Pinto e Silva (SILVA, 2004, p. 60), terceirização pode ser concebida com uma técnica de administração que reflete a tendência de transmitir a terceiros atividades que anteriormente estavam a cargo da própria empresa.

Portanto, a terceirização tem múltiplas e variadas definições. Para os que são adeptos ao fenômeno, apontam para sua disseminação, e afirmam que a terceirização seria a horizontalização da atividade econômica, e que por meio disso grandes empresas estão transferindo para outras uma parte das funções, que até então estavam abaixo de seu guarda-chuva produtivo, e que eram até então por ela diretamente exercidas, concentrando-se, progressivamente, em rol de atividades cada vez mais restrito.

Essa é a linha, inclusive, a que se filia Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização prova uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e

intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2015, p. 474)

Nessa linha de pensamento, é possível estabelecer que a terceirização é um fenômeno que tem origem na administração de empresas, por meio da qual se operacionaliza a transferência de determinados segmentos a uma empresa especializada, constituindo uma relação trilateral.

Os integrantes da dita relação trilateral são: o trabalhador, que executa os serviços contratados pelo tomador de serviços, que o segundo integrante da relação, todavia, tem preservado o seu vínculo empregatício com a empresa terceirizante interposta, que completa, portanto, o triângulo.

Uma das funções da terceirização, senão a mais importante, é dinamizar a relação produtiva, isso porque é o mecanismo utilizado pelas empresas para obtenção de serviços específicos de quem não é efetivamente seu empregado, mas sim da empresa interposta, que por sua vez é especializada naquele determinado segmento, e, presumindo-se, ser detentora do *know-how* necessário para a execução da atividade.

Desse modo, por meio desse dinamismo, o tomador de serviço poupa tempo e dinheiro que seriam despendidos caso ele mesmo optasse pela contratação direta, com a capacitação do empregado.

A concepção de terceirização, portanto, surgiu da ideia de descentralizar determinadas atividades consideradas menos relevantes para as empresas, como, por exemplo, para uma escola.

Uma escola tem como seu núcleo central a prestação de serviços educacionais de qualidade. Com isso, é natural que concentre seus esforços na capacitação de seus professores e na metodologia de ensino.

Lado outro, outros serviços como, por exemplo, limpeza e segurança, não estão intrinsecamente ligados ao objetivo central da escola, sendo também natural que seja desejo a sua transferência para empresas especializadas nesses ramos.

Por se tratar de técnica de administração, que desencadeou um relevante fenômeno jurídico, é possível que suas concepções sejam ampliadas significativamente.

Diante disso questiona-se: e se a escola optasse também pela terceirização de serviços de seu núcleo central, isto é, pela contratação de empresa interposta para fornecimento de serviços que até então era desempenhado por seus professores?

A reflexão leva, inevitavelmente, ao estudo da normatividade que circunda historicamente a terceirização no Brasil.

3.2 Normatividade jurídica e regulamentação da terceirização

Assim como acontece de um modo geral, o Direito é instrumento pacificador dos fenômenos sociais, e a regulação dos temas surge do anseio da população, o que aconteceu igualmente com a terceirização.

Como leciona Maurício Godinho Delgado:

O avanço de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas década tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT. (DELGADO, 2015, p. 475)

E junto com essa quebra de modelo pragmático de fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, imperiosa foi a sua regulamentação no Direito brasileiro.

Efetivamente, a primeira regulamentação legal sobre a matéria surgiu com o advento da Lei nº 6.019/1974, popularmente conhecida como “lei do trabalho temporário”, que é um marco na terceirização do mercado privado nas empresas urbanas.

A Lei nº 6.019/1974 impulsionou a quebra do modelo clássico bilateral, promovendo uma verdadeira inflexão, todavia, ainda tímida pois como aduzido anteriormente, abarcava apenas a modalidade de terceirização temporária, e não permanente (Delgado, 2015, p. 478).

Sobre a diferenciação entre terceirização permanente e temporária, Vólia esclarece:

Temporária é aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (transitória), como, por exemplo, a autorizada pela Lei nº 6.019/74. Permanente, a terceirização que pode ser contratada de forma contínua, para necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes (Lei nº 7.102/83), por exemplo. (CASSAR, 2015, p. 484)

Como bem dirimido pela autora, a Lei nº 6.019/1974 não propiciava a transferência de atividades rotineiras na empresa, mas apenas que eram esporádicas, intituladas de transitórias.

O serviço de vigilância bancária foi pioneiro na possibilidade de terceirização permanente, através da edição da Lei nº 7.102/1983.

Veja-se, portanto, que até a edição da referida lei, as empresas estavam limitadas a terceirizar segmentos de forma temporária, em ocasiões episódicas, esporádicas.

Ao que se percebe, o intuito do legislador foi de criar uma tipicidade específica, totalmente dissociada, portanto, da relação clássica de emprego, consagrada nos artigos 2º e 3º da CLT.

Em virtude disso à Lei nº 6.019/1974 é dado o crédito pela criação do modelo trilateral, onde o vínculo empregatício se dá entre o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário, todavia, os serviços são prestados a um terceiro, efetivamente, sem que haja prejuízo do vínculo existente com a empresa de trabalho temporário.

É importante que se diga ainda que a Lei nº 6.019/1974, que como dito anteriormente, deu origem à figura do trabalhador temporário, em nada se relaciona com o empregado contratado por prazo determinado.

O trabalhador temporário não se confunde com a figura do trabalhador admitido a prazo, por curto período, pela própria empresa tomadora de serviços (por contrato de temporada, por exemplo). Esse último é empregado clássico, firmando relação de emprego com o tomador real de seu trabalho, regendo-se integralmente pela CLT e não pela Lei nº 6.019/74. As regras de seu contrato a termo estão insculpidas nos arts. 443 e 445 da CLT, por exemplo, ao passo que o temporário tem sua relação de emprego firmada com a empresa de trabalho temporário e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se, ademais à regência normativa da Lei n. 6.019. (DELGADO, 2015, p. 500)

De acordo com a definição presente no bojo do art. 2º, da Lei nº 6.019/1974 (BRASIL, 1974, Art. 2º) “trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória ou substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimos extraordinários de serviços”.

Seguindo a definição de trabalho temporário, é possível ainda estabelecer que a empresa de trabalho de temporário é a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos.

Na mesma linha de pensamento, trabalhador temporário pode ser definido como a pessoa física vinculada e subordinada a uma empresa de trabalho temporário, que fica responsável pelo pagamento de seu salário, que é contratado por outra empresa tomadora de seus serviços de forma temporária, em virtude de alguma necessidade intercorrente, podendo ser originária da substituição de pessoal ou para atender acréscimo extraordinário de serviço.

Caso descumpridos os requisitos por parte da tomadora de serviços temporário, o vínculo empregatício até então havido entre empresa de serviços temporário e trabalhador se dissolve, formando-se, por consequência, diretamente com o tomador dos serviços, isso porque o sistema jurídico estabelece limites à terceirização (Garcia, 2012, p. 346).

Os limites são bem dirimidos por Maurício Godinho:

A ordem justralhista especial que regula o trabalho temporário dispõe que não será qualquer trabalhador que poderá reger-se por esse tipo legal. A Lei n. 6.019/74 vale-se, por exemplo, da expressão *trabalhadores devidamente qualificados* (art. 4º), ao passo que o Regulamento Normativo da mesma lei (Decreto n. 73.841/74) utiliza-se da expressão *pessoal especializado* (art. 2º). A partir desses diplomas especiais pode-se inferir a intenção da ordem jurídica de limitar a figura excetiva do trabalho temporário a *funções e atividades caracterizadas por alguma qualificação ou especialização profissional*, ainda que mínima e não formalizada. (DELGADO, 2015, p. 501)

Há de se observar ainda que os limites à terceirização não ficaram restritos à imposição previstas na legislação especial, qual seja, Lei nº 6.019/1974 e Lei nº 7.102/1983, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 8.663/1994, flexibilizando a terceirização dos serviços de segurança não somente ao segmento bancário.

Com efeito, os limites impostos pela legislação infraconstitucional são importantes, todavia, mais ainda importantes são os limites implícitos que estão presentes na Constituição Federal de 1988, nas regras assecuratórias do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no bojo do artigo 1º, inciso III.

Além disso, é possível ainda observar a proteção ao trabalhador quando a Constituição o coloca os valores sociais do trabalho como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, inteligência que se faz do artigo 1º, inciso IV.

Sobretudo, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em estabelecer que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme consta do artigo 3º, inciso III.

Todos esses regramentos, ainda que se tratem de normas programáticas, de eficácia limitada, são norteadores.

É certo, portanto, que a legislação específica que regulamenta a terceirização deve ser interpretada nos limites principiológicos impostos pela Carta Cidadã.

Não se pode perder de vista que a terceirização, num país como o Brasil, tem o afã de geração de emprego e impulsão da economia, levando-se em consideração que historicamente o processo de terceirização surge da necessidade de reduzir custos com atividades tidas como menos importante para as empresas.

Vólia Bomfim Cassar faz importante ponderação sobre a redução de custos

A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí porque dos anos 90 pra cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda. (CASSAR, 2015, p. 481)

Diante da necessidade de interpretação sistemática da legislação em atenção aos preceitos constitucionais, a jurisprudência sofreu significativas modificações ao longo dos anos quando o tema é a terceirização.

A partir da vigência da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 (Brasil, 2017), que alterou dispositivos da Lei nº 6.019, a qual, como amplamente discutido, trata do trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas

empresas de prestação de serviços a terceiros, foi introduzida a possibilidade de empresas tomadoras de serviços terceirizarem suas atividades-fim.

Dessa forma, entende-se por terceirização de serviços, toda prestação de serviços efetuada por pessoa jurídica de direito privado que se destine a prestar serviços determinados e específicos à empresa contratante, conforme disposto no Artigo 4º-A, da Lei nº 13.429/2017. A empresa prestadora de serviços é responsável pela remuneração do trabalho realizado por seus funcionários, ou pela subcontratação de outras empresas para a prestação dos serviços a que se comprometeu a prestar. Ainda, é certo que o liame empregatício entre estabelecido entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, responsável diretamente pela remuneração e direção do trabalho do empregado não se perde, em que pese a execução atividade possa se dar em instalações físicas da empresa contratante.

3.3 Terceirização lícita e ilícita

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.429/2017, que alterou significativamente os dispositivos constantes da Lei nº 6.019/1974, predominava o entendimento legal e jurisprudencial de que a terceirização somente seria considerada lícita a terceirização na chamada “atividade-meio”.

Por razões lógicas, a terceirização perpetrada na chamada “atividade-fim” era considerada ilícita.

Portanto, a terceirização da atividade-fim estava inserida, até a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, dentro do rol de hipóteses de terceirização ilícita, assentadas na Súmula nº 331 do TST.

Maurício Godinho Delgado (Delgado, 2015, p. 488) delimita que constitui modalidade de terceirização ilícita a contratação de serviços que poderiam ser prestados com arrimo na Lei nº 6.019/1974, ou seja, os serviços temporários.

Como já elucidado anteriormente, na hipótese de contratação de trabalhador temporário, que, frise-se, não pode ser confundido com o trabalhador contratado por prazo determinado, aquele mantém preservado o vínculo empregatício com a empresa de trabalho temporário, a qual coloca à disposição de empresa contratante-cliente, em decorrência lógica do contrato firmado, os serviços de seu empregado.

Godinho acrescenta:

É claro que, ao lado dessas hipóteses de contratação tipificadas, a Lei n. 6.019 estabelece ainda outros requisitos para a admissão de trabalho temporário, cuja observância é da essência dessa figura excepcional justrabalhista [...] (DELGADO, 2015, p. 488)

Ainda de acordo com a inteligência da Súmula 331 do TST, especificamente em seu item III, estão inseridas dentro do rol de atividades lícitas a terceirização de serviços relacionados à vigilância, limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Anteriormente, o TST havia estabelecido o entendimento, através da Súmula nº 256, que por sua vez também tratava da legalidade na terceirização, de que salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, era considerado ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, o que desencadeava o reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Tem-se, pois, que através do cancelamento da Súmula nº 256, e consequente edição da Súmula nº 331, o TST ampliou as possibilidades de terceirização, o que é defendido por Maurício Godinho Delgado:

Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de súmula revisado. A Súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significava que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratam serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização. (DELGADO, 2015, p. 488)

Como visto, o item III da Súmula nº 331 definiu como hipóteses de terceirização lícita os serviços relacionados à vigilância, não restringindo sua atuação no segmento bancário, mas em todas as áreas.

Por sua vez, anteriormente, o TST tinha o entendimento de que as terceirizações de serviços relacionados à vigilância somente poderiam ser realizadas em empresas relacionadas ao setor bancário, seguindo a tônica da Lei nº 7.102/1983, o que havia sido consolidado na Súmula nº 256, cancelada posteriormente.

De igual modo, constitui modalidade de terceirização lícita as atividades de limpeza e conservação, também mencionados no item III da Súmula nº 331 do TST.

3.4 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim

Como mencionado anteriormente, o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Justiça do Trabalho, e refletido no item III da Súmula 331, do TST, *in fine*, era de que a terceirização de serviços ligados à atividade-fim do tomador de serviços seria considerada ilícita.

Ponto crucial, portanto, era identificar dentro do ciclo produtivo de cada empresa quais atividades estariam ligadas à chamada atividade-meio.

A matéria, inclusive, exige grande exercício de reflexão, por se tratarem de terminologias extremamente subjetivas, além do que não há qualquer regramento legal que aborde a matéria.

Portanto, as definições de atividade-meio e atividade-fim sempre foram objeto de estudo da doutrina juslaboral brasileira.

Na visão de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (GARCIA, 2012, p. 349) atividade-meio pode ser definida como “aquele de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe”.

Atividade-fim pode ser reconhecida como a atribuição empresarial e laboral que se insere no núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, incorporando a essência dessa dinâmica empresarial e contribuindo, inclusive, para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico (Delgado, 2015).

Por outro lado, atividades-meio são aquelas periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

De acordo com José Cairo Junior, é ainda possível diferenciar atividade-meio de atividade fim através do mérito da indispensabilidade:

Se determinada atividade é indispensável, ou seja, constitui condição sine qua non para o funcionamento da empresa, a hipótese será de atividade-fim. Caso contrário, se com a ausência temporária daquele

serviço a empresa desenvolve sua atividade, mesmo que com dificuldade, o caso será de atividade-meio. (CAIRO JR, 2017, p. 456)

A classificação a princípio, parece ser simples, mas, todavia, não é.

Diferenciar o que é indispensável dentro da cadeia produtiva de uma empresa não é de simples trato, isso porque a maioria das empresas funciona como um sistema composto de diversas pequenas engrenagens, que funcionam de forma concatenada e harmônica, de modo que o mau funcionamento de uma dessas engrenagens pode representar uma queda acentuada na produtividade da empresa de um modo geral, ou até mesmo com a paralisação total dos serviços.

Fato é que as relações trabalhistas estão a cada dia mais complexas, fruto, principalmente, do desenvolvimento tecnológico, o que permite uma interdisciplinaridade dentro do ambiente empresarial, o que quer dizer que é difícil avaliar qual a extensão de determinado segmento da empresa, para classificá-lo como integrante ou não do núcleo central da empresa.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim, quando encarada sob a ótica da essencialidade, toma como base uma empresa que utiliza como módulo de produção industrial o Fordismo, que tem como uma de suas principais características a produção em grande escala, em que o trabalhador executa uma única tarefa, baseada em uma clara setorização dentro da empresa.

Por sua vez, quando se toma como base uma empresa que utiliza como módulo de produção industrial o Toyotismo, em que trabalhadores executam diversas atividades dentro da cadeia produtiva, sendo difícil a tarefa de definir os segmentos da empresa, a identificação dos procedimentos associados ao núcleo se confunde com as próprias atividades periféricas, justamente em virtude da intensa integração dentro da empresa.

Nas lições de Pedro Paulo Teixeira Manus, a terceirização é imposta em razão da própria globalização. O autor descreve que o fenômeno é extremamente prejudicial aos trabalhadores, considerando que a escopo basilar da terceirização é justamente reduzir os custos, embora parte da doutrina insista em sustentar que não.

Lembre-se que a terceirização é situação imposta pelo fenômeno da globalização, à medida que a competitividade aumenta com esse processo que introduz entre nós outros competidores, como as empresas multinacionais, tornando o mercado altamente difícil para a

empresa nacional, impondo-lhe medidas drásticas para poder manter-se em atividade. (MANUS, 2015, p. 86)

De mais a mais, é certo que a terceirização é um fenômeno em ascensão no contexto empresarial brasileiro, e, em que pese a existência de verbete sumular que restringia a sua utilização nas hipóteses acima reportada, em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária realizada em 30 de agosto de 2018, debruçado sobre a matéria vertida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958.252 com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, aprovando a tese de repercussão geral n. 725.

3.5 Terceirização irrestrita: Tese nº 725

No mérito discutido na ADPF nº 324, o objeto era o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, invocando o enunciado 331 do TST, que supostamente estariam produzindo decisões contraditórias e restritivas, quando não impeditivas, da terceirização.

A alegação basilar da parte autora, Associação Brasileira do Agronegócio – ABAB, que essas decisões vinham acarretando a litigiosidade acerca da matéria, aumentando, por consequência, a insegurança jurídica.

Por sua vez, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, da relatoria do Ministro Luiz Fux, o objeto guarda relação com uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mantida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que impede que a parte autora, Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA, especializada em celulose, terceirize os serviços de reflorestamento e afins, por considerar que tais atividades estariam inseridas no contexto da atividade-fim da dinâmica de produção da empresa, o que seria vedado na concepção consolidada pelo TST.

A discussão elevada à apreciação do STF versava, sobretudo, em buscar qual a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direito dos empregados e o desenvolvimento econômico, de forma harmônica, isso porque em caso de insucesso no que diz respeito ao desenvolvimento econômico das empresas não há emprego, nem renda, tampouco a consolidação das garantias sociais conquistadas ao longo dos anos.

Subjacente a essa discussão, também estava uma dualidade que contrapunha uma visão protecionista e paternalista de um lado, e noutro bordo, uma visão emancipatória que procura fortalecer a negociação e a liberdade de contratar.

Não se pode perder de vista que o julgamento em conjunto dessas questões ocorreu justamente em cenário turbulento na economia brasileira, que à época tinha cerca de 13 milhões de desempregados, e cerca de 37 milhões de trabalhadores na informalidade.

Acentue-se ainda que no Direito do Trabalho a liberdade de contratar é rigidamente limitada pela constituição, com ou sem a terceirização. Desse modo, como é de amplo conhecimento, existem direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores que estarão sempre assegurados, desde que não sejam jogados na informalidade em virtude de regras trabalhistas excessivamente rígidas.

No entendimento do STF, a mera busca pela redução de custos não representa um elemento fulcral impeditivo e que torne ilícita a terceirização, justamente por fazer parte do negócio, da própria economia, o que garante, inclusive, a competitividade no mercado.

Foi levado em consideração pelo STF que a terceirização tem outros propósitos:

- a) Aumentar a qualidade através da contratação externa de serviços que não constituem o diferencial da empresa e que são prestados com maior eficiência por terceiros;
- b) Ampliar a capacidade para atender a aumento temporário de demandas;
- c) Possibilitar o acesso de mão de obra qualificada não dominada pela empresa;
- d) Desenvolver atividades que demandam conhecimento especializado e capacidade de atração de profissionais de ponta.

Tem-se ainda, de acordo com a decisão do STF, que o argumento de que a terceirização irrestrita representaria uma verdadeira precarização nas relações de emprego, com supressão de direitos básicos, não se sustenta justamente porque dentro da relação empregatício existente entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, as obrigações trabalhistas são exigíveis igualmente.

Acentuou ainda o STF que a empresa tomadora dos serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que por si só desmistifica as assertivas que inquinam à existência de precarização em casos de terceirização da chamada atividade-fim.

Quanto aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, estes asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade, desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição Federal e na legislação.

E, desde que respeitadas os direitos mínimos, a Constituição não impõe a adoção de um modelo específico de produção e tampouco impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis.

O olhar sistemático ao texto constitucional, remete ao entendimento de que a Constituição não veda nem implícita, nem explicitamente a terceirização.

No tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, o que permite que cada um projete dentro desses conceitos elásticos aquilo que lhe convém da melhor forma.

Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica sem precedentes, de modo que boa parte desses trabalhadores que trabalham na informalidade poderiam estar na formalidade, trabalhando em empresas terceirizadas.

Outro argumento consistente utilizado pelo STF é de que não há nenhuma lei que proíba a terceirização, de modo que essas restrições são impostas subjetivamente por criação da própria justiça do trabalho.

A invocação que se faz de violação dos artigos 2º e 3º da CLT, é de que esta prevê que as relações jurídicas sejam bilaterais, enquanto a terceirização como já analisado anteriormente, baseia-se numa relação trilateral.

Ademais, como se sabe, no direito privado, vigora o princípio da autonomia da vontade, de modo que se não há lei proibindo a terceirização, não há porque interpretar que exista essa proibição, desde que respeitados os direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição Federal e na legislação específica.

Com base nas razões acima expendidas, firmou o STF a Tese nº 725 com repercussão geral reconhecida no sentido de que:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. (STF, 2018, *online*)

O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, portanto, é de que é lícita a terceirização em todas as etapas produtivas da empresa, de modo que a discussão sobre atividade-meio e atividade-fim perdeu as forças, o que, inclusive, tornou obsoleta a Súmula nº 331 do TST, em pese ainda não tenha ocorrido a revisão do enunciado.

4 Análise de caso concreto

Caso emblemático e que demonstra cabalmente a grande discussão sobre a possibilidade ou não de terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria é a que envolve o Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Cargas e Descargas em Geral de Santa Helena de Goiás – SINCADE, e a empresa Monsanto do Brasil LTDA.

A empresa acima mencionada, Monsanto do Brasil LTDA., sempre fez uso da mão-de-obra de trabalhadores avulsos para executar os serviços de movimentação de mercadoria em uma de suas plantas, situada no município de Santa Helena de Goiás/GO.

Ciente das imposições fixadas na Lei nº 12.023/2009, que preconiza que a contratação do avulso deve necessariamente ser intermediada pelo sindicato da categoria, a empresa abriu negociação com o sindicato, do qual resultou acordo coletivo de trabalho, no ano de 2009.

O SINCADE, por sua vez, foi responsável pela gestão da mão-de-obra dos trabalhadores avulsos que atendiam à demanda da Monsanto.

Todavia, a empresa sucessivamente foi sendo incluída no polo passivo de reclamações trabalhistas movidas pelos trabalhadores avulsos, que pleiteavam, em suma, o reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços.

Diante de reiteradas decisões que deram provimento ao pedido de reconhecimento de vínculo empregatício dos trabalhadores avulsos diretamente com a tomadora dos serviços, a empresa em questão optou por não mais se valer da mão-de-obra dos trabalhadores avulsos para operacionalizar sua demanda relacionada à movimentação de mercadoria.

Em substituição a esse modelo, firmou contrato de prestação de serviços com empresa especializada no segmento de logística, denominada Comfrio Soluções Logísticas S/A, cujo objeto era praticamente idêntico aos serviços desempenhados pelos trabalhadores avulsos que estavam sendo intermediados pelo sindicato.

Em virtude do “rompimento” indireto do acordo coletivo de trabalho, o sindicato resolveu por bem ingressar com ação declaratória com obrigação de fazer, tombada sob o nº 0011287-23.2017.5.18.0103, em face da Monsanto do Brasil LTDA.

Por meio da aludida ação, o sindicato pretende que seja declarado nulo o contrato de prestação de serviços entabulado entre a Monsanto e a Comfrio.

Em seus fundamentos, sustenta o sindicato que a empresa terceirizada contratada pela Monsanto para desempenhar as atividades que movimentação de mercadoria, ofereceu proposta de emprego aos trabalhadores avulsos, sendo que cerca de 50% desses trabalhadores aceitou a proposta.

Sob a ótica do sindicato, a terceirização em questão representou efetiva situação de precarização, isso porque os trabalhadores avulsos que foram contratados pela empresa terceirizada tiveram reduções salariais substanciais, que atingiram, em alguns casos, o percentual de 50% de prejuízo salarial.

Ainda de acordo com o entendimento do sindicato, o art. 3º da Lei nº 12.023/2009 dispõe que as atividades de movimentação de mercadoria somente

poderiam ser exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício, ou em regime de trabalho avulso nas empresas tomadoras de serviços, o que vinha sendo exercido prioristicamente pela Monsanto através do acordo coletivo de trabalho pactuado.

Sob esse fundamento, sustentou o sindicato que o contrato de prestação de serviços entabulado pela Monsanto e Comfrio, cujo objeto era a terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, seria ilegal, e, por consequência, nulo de pleno direito, pois supostamente violaria os artigos 1º e 3º da Lei nº 12.023/2009, bem como o artigo 7º, VI, da Constituição Federal.

Em sua defesa, a Monsanto sustentou que somente optou pela terceirização em virtude dos sucessivos casos em que foi condenada ao reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com os trabalhadores avulsos.

A empresa sustentou ainda que as diversas sentenças se pautavam no fato de que os trabalhadores avulsos, por não existir alternância na prestação dos serviços para outras empresas, mas tão somente para a Monsanto, reuniam concomitantemente os requisitos ensejadores do vínculo empregatício, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Em sua defesa, foi sustentado ainda que o sindicato, ao deixar de observar a alternância entre os trabalhadores avulsos, isto é, deixar de cumprir uma obrigação imposta pela própria Lei nº 12.023/2009, que como visto anteriormente, estabelece em seu artigo 5º, inciso I, que incumbe ao sindicato intermediador a divulgação das escalas de trabalho dos trabalhadores avulsos, com a observância do rodízio, o que não foi feito, e, por consequência, configurou a existência de habitualidade na prestação dos serviços.

Ademais, a empresa articulou ainda que a Lei nº 12.023/2009 não criou uma reserva de mercado destinada aos trabalhadores avulsos, como leva a crer o sindicato em sua petição inicial.

Clarificou a empresa que a lei em questão cuidou de retirar os trabalhadores avulsos da extrema situação de informalidade, apenas impondo que os “chapas” deveriam ter seus serviços intermediados pela respectiva entidade de classe da categoria.

No entendimento da empresa, ao estabelecer que a atividade de movimentação de mercadoria em geral seria exercida pelo trabalhador avulso, com vínculo empregatício ou com intermediação obrigatória do sindicato, a lei na verdade tratou de blindar o trabalhador avulso da contratação informal, na medida em que caso haja a intermediação por parte do sindicato, o trabalhador estaria resguardado.

Da mesma forma, a empresa teria a opção de contratar esse trabalhador avulso por prazo indeterminado, ocasião em que o trabalhador deixaria de ser avulso e passaria a ser empregado.

A empresa enfatizou ainda que a Lei nº 12.023/2009 cuida exclusivamente da regulamentação dos trabalhadores avulsos, e que o contrato de prestação de serviços foi firmado com empresa que tem empregados efetivos, por prazo indeterminado, e não de avulsos.

Por fim, em síntese, sustentou ainda a reclamada que a Lei nº 12.023/2009, acima de tudo, é inconstitucional porque viola frontalmente o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, tal como defende Vólia Bomfim Cassar, relembre-se:

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), pois o seu papel é de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso. Todavia após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada pela lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade. (CASSAR, 2015, p. 281)

Em virtude da matéria vertida nos autos da ação declaratória, o Ministério Público do Trabalho (MPT) integra a demanda como guardião da lei, *custos legis*.

Em parecer o MPT entendeu que a lei em questão não representa inconstitucionalidade ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, isso porque enquanto intermediador de mão-de-obra do trabalhador avulso, o sindicato é garantidor da concretização dos direitos desses trabalhadores.

Por sua vez, em sentença, interpretou que não obstante à Tese nº 725 do STF, estudada anteriormente, resultado do julgamento em conjunto da ADPF 324 e RE 958.252, em que se reconheceu a licitude de terceirização em todos os estágios produtivos da empresa, o cerne do caso concreto em exame reside especificamente

sobre a possibilidade de terceirização das atividades de movimentação de mercadorias abrangidas pela Lei nº 12.023/2009.

Todavia, interpretou o magistrado que o STF, no aludido julgamento, ponderou acerca da inexistência de precarização de mão de obra terceirizada, mormente porque a flexibilização tem como base a criação de emprego e a redução do custo da estruturação da tomadora de serviços, o que supostamente não ocorreu no caso concreto.

Sob a ótica do juízo de 1º grau, a diminuição dos salários, em relação aos trabalhadores avulsos que posteriormente foram contratados pela empresa terceirizada, representou efetivo prejuízo aos empregados, tornando ilícito o contrato entabulado, embora houvesse ressalva no cumprimento da Lei nº 12.023/2009 pelo sindicato, quando à rotatividade dos empregados prevista na lei.

Entendeu ainda que a ampliação das hipóteses de terceirização trazidas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, por se tratarem de legislações gerais, prevalece os regramentos abarcados na Lei nº 12.023/2009, que por sua vez é específica e regulamenta a matéria de modo pontual.

Com base nas razões supra, decidiu o magistrado que são procedentes em partes os pedidos formulados pelo sindicato, declarando a nulidade do contrato de terceirização dos serviços firmado entre a Monsanto e Comfrio.

Ainda, determinou o magistrado que a Monsanto do Brasil LTDA., deveria valer-se da contratação de trabalhadores avulsos para executar as atividades de movimentação de mercadoria, com o intermédio obrigatório do sindicato, o que supostamente estaria em sintonia com os artigos 2º e 3º da Lei nº 12.023/2009.

As empresas rés interpuseram recurso ordinário e foram apresentadas contrarrazões pelo sindicato, já houve, inclusive, sustentação oral pelos patronos da Monsanto, Comfrio e sindicato. O processo, todavia, foi retirado de pauta por pedido de vistas do desembargador revisor do caso.

Portanto, o ponto fulcral que viabiliza a terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, é que ao contratar uma empresa especializada em serviços de logística, a empresa tomadora dos serviços não está contratando

trabalhadores avulsos de forma ilegal, pelo contrário, os empregados terceirizados, por assim dizer, são efetivamente empregados, sob o regime celetista!

Não se trata, portanto, de contratação de trabalhador avulso por empresa terceirizada. Caso fosse esse o caso, a contratação seria fraudulenta e ilegal, pois como visto amplamente, a Lei nº 12.023/2009 exige a intermediação obrigatória do sindicato.

Todavia, por interpretação do alcance da lei, tem-se que não existe reserva de mercado aos trabalhadores avulsos na atividade de serviços associados à movimentação de mercadoria.

Isso implica dizer que empresas de logísticas podem operacionalizar serviços na movimentação de mercadoria, desde que o façam através da contratação de empregados com vínculo de origem bilateral, modelo clássico estabelecido na CLT, consagrado nos artigos 2º e 3º da CLT.

A conotação da Lei nº 12.023/2009, como ponderado anteriormente, deve ser apreciada em conjunto ao histórico que envolve a regulamentação do trabalhador avulso, popularmente conhecido como “chapa”.

Os trabalhadores em questão ofereciam seus serviços literalmente às margens das rodovias, em total situação de desamparo. E diante desse clamor por proteção, foi editada a Lei nº 12.023, com viés de retirar da informalidade a classe dos trabalhadores avulsos, o que foi materializado com a imperiosidade do intermédio do sindicato.

Escusas à repetição, não se verifica na lei qualquer artigo que leve a crer que as atividades de movimentação de mercadoria somente podem ser realizadas pelos trabalhadores avulsos.

Some-se ainda ao fato de que a Excelsa Corte sedimentou a possibilidade de terceirização em qualquer setor da empresa, em qualquer segmento econômico.

É certo que a legislação especial deve necessariamente sobrepor-se à legislação geral, isso implicaria dizer que a Lei nº 12.023/2009 prepondera em relação à própria CLT. De fato, há sobreposição harmônica.

Lado outro, não há qualquer disposição na Lei nº 12.023/2009 que vede a execução de serviços na movimentação de mercadoria por empresa terceirizada.

O teor da lei, em verdade, é de que quando a empresa optar pela prestação de serviços de trabalhador avulso, deverá fazê-lo por intermédio da entidade de classe, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O termo “quando” é fundamental nessa análise. Isso demonstra que existem outras possibilidades.

Essas possibilidades seriam: a contratação de empregado com vínculo por prazo indeterminado, nos moldes de contratação bilateral clássica; e a contratação de empresa terceirizada especializada no segmento, desde que essa também contrate empregados sob o regime celetista.

Nessa última hipótese, não há que se falar em contratação ilegal de trabalhador avulso, justamente porque a empresa terceirizada não utiliza trabalhadores avulsos, mas sim empregados regidos pela CLT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado realmente é complexo, principalmente em virtude das alterações na legislação que ocorreram ao longo dos anos. Não se pode perder de vista que a mudança na jurisprudência, em que pese ter sido reconhecida a repercussão geral à Tese nº 725 do Supremo Tribunal Federal, ainda não houve uniformização jurisprudencial no âmbito da justiça do trabalho.

Como abordado amplamente, os trabalhadores avulsos, principalmente os não portuários, que desempenham as atividades perfilhadas na Lei nº 12.023/2009, anteriormente à sua vigência, encontravam-se em situação de total desamparo e vulnerabilidade.

A lei, portanto, teve o escopo principal de proteger essa classe de trabalhadores. Por intermédio da Lei nº 12.023/2009, ainda que muito se discuta sobre a sua constitucionalidade, o legislador incluiu o sindicato na relação entre empresa tomadora dos serviços e trabalhador avulso, numa verdadeira posição de garantidor

dos direitos sociais básicos assegurados na Constituição Federal e na legislação específica.

Com efeito, foi louvável a intuição do legislador ao trazer o sindicato como figura intermediadora na contratação do trabalhador avulso na movimentação de mercadoria, todavia, por mais minuciosa que seja feita a análise no tocante às disposições legais constantes na Lei nº 12.023/2009, com a devida vênua aos entendimentos dissidentes, não se verifica qualquer justificativa plausível que impeça que as atividades de movimentação de mercadoria também sejam exercidas por intermédio de empresa terceirizada.

Como dito, tem-se que a Lei nº 12.023/2009 tratou de resguardar os direitos básicos dos trabalhadores avulsos, todavia, em momento algum criou uma reserva de mercado para essa classe de trabalhadores.

Não já fossem suficientes esses elementos, há de se ponderar ainda que, como visto enfaticamente, a terceirização é um fenômeno que surge dentro do plano da administração de empresas, sendo uma técnica adotada amplamente não só no Brasil como no mundo inteiro.

No mais, a legislação atual caminha no inexorável sentido da flexibilização da terceirização, colocando de lado conceitos jurídicos vagos e, hoje, obsoletos, o que ganhou força significativamente em virtude da modernização das formas de produção e das relações de trabalho, o que torna cada vez mais necessária a flexibilização dos entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria.

De mais a mais, não se pode perder de vista que o Direito é um instrumento de pacificação social, e, especificamente no que diz respeito à matéria vertida no presente estudo, deve garantir de forma harmônica a preservação do pleno emprego, de salários dignos e a quantidade máxima de benefícios comportadas pela economia.

A terceirização da atividade de movimentação de mercadoria, portanto, mostra-se mais do que importante, e sim necessária, legítima e lícita.

REFERÊNCIAS

- Brasil. 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil, de 6 de outubro de 1988. *Planalto*. [Online] 6 de outubro de 1988. [Citado em: 11 de setembro de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- **1943.** Decreto lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Planalto*. [Online] 1 de maio de 1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.
- **2009.** Lei nº 12.023, de 27 de agosto de 2009. *Planalto*. [Online] 27 de agosto de 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12023.htm
- **2013.** Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. *Planalto*. [Online] 5 de junho de 2013. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm
- **2017.** Lei 13.429, de 31 de março de 2017. *Planalto*. [Online] 31 de março de 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm.
- **1974.** Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. *Planalto*. [Online] 3 de janeiro de 1974. [Citado em: 16 de agosto de 2019.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm.
- **1983.** Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. *Planalto*. [Online] 20 de junho de 1983. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm
- **1991.** Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Planalto*. [Online] 24 de julho de 1991. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm
- **1993.** Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. *Planalto*. [Online] 25 de fevereiro de 1993. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm
- **1998.** Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998. *Planalto*. [Online] 27 de novembro de 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9719.htm
- Cassar, Vólia Bomfim. 2015.** *Direito do Trabalho*. 11. Rio de Janeiro : Método, 2015
- Delgado, Maurício Godinho. 2004.** *Curso de Direito do Trabalho*. 3. São Paulo : Ltr, 2004.
- Delgado, Maurício Godinho. 2015.** *Curso de Direito do Trabalho*. 14. São Paulo : Ltr, 2015.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. 1986.** *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. 2012.** *Curso de Direito do Trabalho*. 6. Rio de Janeiro : Forense, 2012.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. 2012.** *Curso de Direito do Trabalho*. 6. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

Houaiss, Antônio. 2001. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2001.

Junior, José Cairo. 2017. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. Salvador : JusPodivm, 2017.

Leite, Carlos Henrique Bezerra. 2019. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. São Paulo : Saraiva, 2019.

Martins, Sérgio Pinto. 2016. *Direito do Trabalho*. 32. São Paulo : Saraiva, 2016.

Magano, Otávio Bueno. 1992. *Manual de Direito do Trabalho*. 3. São Paulo : LTr, 1992.

Manus, Pedro Paulo Teixeira. 2015. *Direito do Trabalho*. 16. São Paulo : Atlas, 2016.

Nascimento, Amauri Mascaro. 2012. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. São Paulo : Saraiva, 1999.

Neto, Francisco Ferreira Jorge; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 2017. *Manual de Direito do Trabalho*. 4. São Paulo : Atlas, 2017.

Saad, Eduardo Gabriel; Saad, José Eduardo Duarte; Branco, Ana Maria Saad Castelo. 2004. *CLT comentada*. São Paulo : LTr, 2004.

Silva, Otávio Pinto e. 2004. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo : LTr, 2004.

Silva, Homero Batista Mateus. 2017. *Comentários à Reforma Trabalhista - Análise da Lei 13.467/2017*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO

**SÃO PAULO
2019**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof.(a). Mestre(a) Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari.

**SÃO PAULO
2019**

Felipe Rebelo Lemos Moraes

**A POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO
DE MERCADORIA: ASPECTOS DA LEI Nº 12.023/2009**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof.(a). Mestre(a) Cátia Guimarães Raposo Novo Zangari.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

A atividade de movimentação de mercadoria historicamente remete aos períodos de Brasil Colônia e Império, entre os séculos XVI e XVIII, em que trabalhadores executavam tarefas braçais como o ensacamento, carga e descarga de café, algodão, cacau entre outras culturas agrícolas. A atividade em questão também está intrinsecamente ligada à origem da figura do trabalhador avulso. Com o avanço das relações de trabalho, necessária e providencial também foi a modernização das atividades desempenhadas pelos movimentadores de mercadoria avulsos, o que ocasionou, por consequência, a criação de leis específicas para regulamentar e preservar os direitos sociais dessa classe de trabalhadores. Paralelamente, outros meios de produção foram sendo desenvolvidos e aperfeiçoados ao longo dos anos, dentre os quais está inserida a terceirização de serviços. A intercorrência da terceirização de serviços em quase todas as etapas do processo produtivo das empresas traz consigo uma zona gris sobre os limites e sua forma de materialização na rotina das empresas, promovendo uma reflexão a respeito das consequências sobre os demais modelos de produção, como por exemplo o fim da utilização do trabalhador avulso na movimentação de mercadoria.

Palavras-chave: Movimentação de mercadoria; terceirização; trabalhador avulso; relações de trabalho; livre concorrência e livre iniciativa.

ABSTRACT

The activity of movement of goods historically refers to the periods of Colony and Empire Brazil, between the 16th and 18th centuries, in which workers performed manual tasks such as bagging, picking and dropping coffee, cotton, cocoa and other agricultural crops. The activity in question is also intrinsically linked to the origin of the self-employed figure. With the advancement of labor relations, necessary and providential, was also the modernization of the activities performed by the loose commodity movers, which led, consequently, the creation of specific laws to regulate and preserve the social rights of this class of workers. At the same time, other means of production have been developed and improved over the years, among which is outsourcing services. The occurrence of outsourcing services in almost all stages of the companies' production process brings with it a gray zone about the limits and their form of materialization in the companies' routine, promoting a reflection about the consequences on other production models, as for example, the end of the use of the self-employed in the movement of goods.

Key words: Movement of goods; outsourcing services; self-employed worker; work relationships.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
OGMO	Órgão Gestor de Mão-de-Obra
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RE	Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O TRABALHADOR AVULSO	11
2.1	Conceito.....	11
2.2	Características e exemplos de trabalhador avulso	13
2.3	Diferenciações entre Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso	15
2.4	Trabalhador Avulso Portuário.....	19
2.5	Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).....	21
2.6	Trabalhador avulso não portuário	25
3	TERCEIRIZAÇÃO	33
3.1	Conceito.....	33
3.2	Normatividade jurídica e regulamentação da terceirização	36
3.3	Terceirização lícita e ilícita	40
3.4	Distinção entre atividade-meio e atividade-fim	42
3.5	Terceirização irrestrita: Tese nº 725	44
4	Análise de caso concreto.....	47
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS.....	11

1 INTRODUÇÃO

A classe dos trabalhadores avulsos na movimentação de mercadoria sofreu ao longo dos anos com situação de latente desamparo legal, marginalizados e sem a proteção necessária à preservação de garantias sociais básicas, conferidas às demais classes.

Com a modernização das relações de trabalho, inclusive, nos préstimos dos próprios trabalhadores avulsos, a necessidade de regulamentação da categoria foi ganhando força, ainda que de forma tímida e simplória. Ciente da necessidade de preservação dos direitos básicos do trabalhador avulso, o legislador tratou de brindar a categoria com regramentos específicos, impondo, por exemplo, a necessidade de intermediação obrigatória do sindicato na contratação do avulso nas atividades de movimentação de mercadoria.

O presente trabalho tem o enfoque na análise das nuances que envolvem a contratação do trabalhador avulso na atividade de movimentação de mercadoria. Para tanto, serão analisados prioristicamente os aspectos conceituais da categoria, a sua evolução no que diz respeito à regulamentação e, principalmente, se a legislação especial criou ou não uma reserva de mercado para os trabalhadores avulsos.

Posteriormente, adentrar-se-á ao tema de Terceirização, com sua devida conceituação, classificação, contexto histórico que envolve a matéria e, por fim, o cenário atual quanto à sua aceitação em todas as etapas produtivas das empresas.

Efetuadas as conceituações fundamentais sobre os temas, será abordado caso prático que demonstra a discussão sobre a possibilidade de terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, com estudo focado nas concepções trazidas nas leis que versam sobre o trabalhador avulso, em paralelo com o entendimento jurisprudencial sobre a licitude de terceirização em todas as atividades da empresa.

Por fim, serão analisados os fundamentos constitucionais que asseguram às empresas a liberdade na escolha do seu modelo de produção, englobando, portanto, a terceirização das atividades que julgarem pertinentes.

2 O TRABALHADOR AVULSO

2.1 Conceito

Entende-se por trabalhador avulso aquele que oferta sua força de trabalho por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, todavia, sem estabelecer com nenhum deles um vínculo efetivo.

É possível, pois, acentuar que o trabalho avulso está inserido no rol das relações de trabalho em sentido amplo, isso porque ante a ausência do requisito da habitualidade, não é possível enquadrá-lo como empregado em *stricto sensu*. Eis que, nessa linha de pensamento, aquele que presta serviços eventualmente não é empregado (Martins, 2016)

Por sua vez, trabalho é atividade inerente à pessoa humana, integrando o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim (Houaiss, 2001).

A relação de emprego, sob o prisma jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes (Delgado, 2015).

A relação de emprego resulta de conglomerado de elementos reunidos em um dado contexto social. Dessa forma, a relação de emprego resulta da conjugação de certos fatores imprescindíveis, sem os quais não se vislumbra a relação empregatícia.

Além do requisito da habitualidade (não eventualidade), são ainda elementos obrigatórios para o estabelecimento da relação de emprego em sentido estrito:

- (a) prestação de serviços por pessoa física a outrem;
- (b) pessoalidade;
- (c) trabalho prestado sob fiscalização e subordinação; e
- (d) onerosidade.

Tem-se, pois, que o divisor que leva à classificação de trabalhador avulso é justamente a ausência de habitualidade.

Nessa linha de pensamento, o requisito da não eventualidade, o ramo jus trabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação sócio jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento: a relação de emprego (Delgado, 2015).

Por fim, com base nos conceitos acima perfilhados, pode-se definir a não eventualidade como sendo é possível resumir a não eventualidade na seguinte exemplificação: um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clubes campestres, por exemplo), não poderia se configurar como trabalhador eventual, devido a possibilidade de auferir o tomador de serviços examinado (Delgado 2015).

Portanto, ante a ausência do requisito fático da não eventualidade, avulso é aquele que por sua natureza ou condições de execução, não tem longa duração e, tanto faz, para a sua caracterização, seja ele cumprido com ou sem subordinação, mas em qualquer caso, sempre em troca de salário (Saad, 2014).

O trabalhador avulso pode ser definido, no âmbito do sistema geral da previdência social, todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe.

Nos ensinamentos de Sergio Pinto Martins, é possível conceituar trabalhador avulso da seguinte maneira:

O trabalhador é, assim, a pessoa física que presta serviço sem vínculo empregatício, de natureza urbana ou rural, a diversas pessoas, sendo sindicalizado ou não, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional ou do órgão gestor de mão de obra. Não é de qualquer categoria, mas de categoria profissional. (MARTINS, 2016, p. 266).

Leciona ainda que o trabalhador avulso não presta serviços com pessoalidade, isso porque o trabalhador pode ser substituído por outra pessoa:

Ao tomador não interessa normalmente que o serviço seja feito por determinada e específica pessoa, mas que o trabalho seja realizado.

Pouco importa quem irá fazer o trabalho. A relação, portanto, não é intuitu personae. (MARTINS, 2016, p. 266).

Além disso, é preciso anotar ainda que o trabalhador avulso não é subordinado nem à pessoa a quem presta serviços, muito menos ao sindicato, que apenas arregimenta a mão de obra e paga os trabalhadores, de acordo com o valor recebido das empresas.

Dessa forma, o sindicato apenas funciona como órgão gestor da mão de obra, atuando como um interlocutor na relação entre empresas e trabalhador avulso.

Por meio da dita interlocução, o sindicato é responsável pelo rateio dos valores pagos referentes à prestação de serviços entre aqueles que efetivamente prestam os serviços.

2.2 Características e exemplos de trabalhador avulso

Com base nas definições em análise, é possível caracterizar o trabalhador avulso da seguinte forma: a) possui liberdade na prestação de serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, muito menos com as empresas tomadoras de serviço; b) há a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa, como na prática ocorre; o sindicato ou o órgão gestor de mão de obra fazem a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e fazendo o rateio entre as pessoas que participaram da prestação de serviços; d) o curto período em que o serviço é prestado ao beneficiário.

De acordo com os ensinamentos de Sergio Pinto Martins, são exemplos de trabalhador avulso:

(a) o estivador, inclusive o trabalhador de estiva em carga e minério. A atual lei dos portuários (Lei nº 12.815/13) considera, no inciso II, do §1º, do art. 40, a estiva como a atividade de movimentação de mercadorias nos convéses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como carregamento e descarga, quando realizados com equipamentos de bordo. A estiva compreende normalmente uma atividade que empregue força muscular. O estivador usa equipamento do navio e não do porto. A movimentação é feita apenas no convés ou porão do navio

No caso em tela o estivado é tanto aquele que trabalha no porto como o que faz serviços de estiva em carga e minério;

(b) o trabalhador em alvarenga. É o trabalhador que presta serviços em grande barcaça de transporte de carga e minério;

(c) o conferente de carga e descarga. O inciso III do §1º do art. 40 da Lei nº. 12.815 estabelece que a conferência de carga de volumes, a anotação de suas características, procedência ou destino, a verificação do estado das mercadorias, a assistência à pesagem, a conferência do manifesto, e os demais serviços correlatos nas operações de carregamento e descarregamento de embarcações.

Nessa atividade não há o emprego de força muscular, necessitando que o trabalhador tenha apenas alguma formação escolar para realizar a conferência;

(d) o consertador de carga e descarga. O inciso IV, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815 determina que o conserto de carga se refere ao reparo e à restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

(e) o vigia portuário. A vigilância de embarcações é definida no inciso V, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815 como a atividade de fiscalização de entrada e saída de pessoas a bordo de embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadoria em portalós (local onde se entra no navio; abertura por onde se faz o serviço do navio), rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação;

(f) o amarrador da embarcação. É a pessoa que amarra a embarcação quando o navio chega ao cais;

(g) o trabalhador em serviço de bloco. Considera-se bloco a atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos (inciso VI, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815);

(h) o trabalhador em capatazia. A capatazia é a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário (inciso I, do §1º, do art. 40 da Lei nº 12.815). O capataz usa equipamento do porto e não do navio;

(i) o arrumador;

(j) o ensacador de café, cacau, sal e similares;

(k) o trabalhador na indústria de extração de sal;

(l) o carregador de bagagem em porto;

(m) o prático de barra em portos. É a pessoa que conduz o navio até a barra do porto;

(n) o guindasteiro;

(o) o classificador, movimentador e o empacotador de mercadoria;

(p) outros que forem classificados pelo Ministério do Trabalho.

(MARTINS, 2016, p. 268-269)

Na concepção de Francisco Jorge Ferreira Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, a definição de trabalhador avulso sequer exige a necessidade de intermediação pelo sindicato:

A noção de trabalhador avulso não mais exige a intermediação da entidade sindical. Nesse sentido, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, em seu art. 11, inciso VI, define trabalhador avulso in verbis: “Quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento.”. (NETO e CAVALCANTE, 2017, p. 95)

2.3 Diferenciações entre Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso

Muito se discute sobre a conceituação de Trabalhador Avulso, o que, inclusive, gera dúvidas sobre a sua semelhança em relação ao Trabalhador Eventual, isso porque o conceito de eventualidade é extremamente subjetivo.

Delgado (2015, p. 363) leciona que existem quatro principais teorias que versam sobre o tema, e que buscam justamente eleger critérios objetivos para facilitar o conceito e identificação do trabalho eventual.

Seriam elas: teoria do evento; teoria da descontinuidade; teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) e a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços.

A **Teoria do Evento**, de acordo com os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar (2015, p. 272) leva em conta se o tipo de serviço para o qual o trabalhador é contratado é de curta duração para a empresa.

Considera ainda que eventual é o trabalhador contratado apenas para um caso específico, em caráter manifestamente transitório, ou seja, de curta duração em relação à atividade da empresa, como, por exemplo, para realização de obra ou serviço certo.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2015, p. 363), trata-se daquele trabalhador contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa.

A Teoria do Evento, todavia, não tem aceitação doutrinária, isso porque embora o serviço possa ser curto, é possível que exista necessidade permanente na empresa contratante daquele determinado serviço, não se tratando, portanto, de hipótese esporádica e episódica.

É o caso, por exemplo, das colheitas e plantações em períodos de safra na condução de culturas agronômicas.

Por sua vez, a **Teoria dos Fins da Empresa** considera que eventual é o serviço não coincidente com os fins da empresa, ou seja, com o propalado núcleo central da atividade empresarial.

Nesse sentido, a teoria em referência preconiza que o empregado presta serviços em razão de necessidades normais da atividade econômica do empregador (Martins, 2016).

A Teoria dos Fins da Empresa, portanto, identifica no eventual o trabalhador contratado pra realizar tarefas estranhas aos fins do empreendimento, as quais, justamente por serem alheias ao núcleo central da empresa, em teoria, tenderiam a ser episódicas e curtas (Delgado, 2015).

Por outro lado, a **Teoria da Descontinuidade** define como eventual o trabalho desempenhado pela ótica do trabalhador, isso quer dizer que trabalho eventual seria aquele que não se repete para um mesmo trabalhador, que é descontínuo, executado de modo fracionado, episódico, raro sem sequência.

Sob essa perspectiva de pensamento, o trabalhador eventual presta serviços a vários tomadores, em intervalos certos de tempo, ligados ao evento, ou seja, terminado o serviço, o trabalhador não mais regressaria à empresa, a princípio.

Por seu turno, a **Teoria da Fixação Jurídica** define que o trabalhador eventual é aquele que presta serviços para diversos tomadores, simultaneamente, sem se fixar de forma definitiva e exclusiva a nenhuma delas (Cassar, 2015).

Um de seus idealizadores, Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 324), sustenta que a eventualidade é o acaso, a contingência, a incerteza. Nesse sentido, trabalhado eventual, espelhado na Teoria da Fixação Jurídica e nos ensinamentos de

Nascimento, é aquele prestado a diversos destinatários, que variam no tempo, de modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

Por fim, a **Teoria dos Fins da Empresa**, que prevalece na doutrina e jurisprudência brasileira, aborda o trabalho eventual sob a ótica da empresa, desprezando-se a pessoa do trabalhador e destacando a figura do serviço em reação à atividade empresarial.

O ponto de partida, portanto, é identificar se aquele serviço que será prestado está ou não inserido dentro do núcleo central da empresa, dentro da normalidade de seu funcionamento. Caso não esteja inserida dentro da chamada “atividade normal” é, pois, eventual.

Para a Teoria dos Fins da Empresa, é necessário que ocorra um acontecimento incerto, casual, fortuito em relação à atividade da empresa.

Fato é que a depender da teoria escolhida, é possível extrair que a repetição da mão de obra de um mesmo trabalhador para um tomador pode caracterizar a pessoalidade ou o trabalho não eventual, o que o retiraria a condição de trabalhador eventual.

Sergio Pinto Martins conceitua trabalho eventual:

O trabalho prestado em caráter eventual é o ocasional, fortuito, esporádico, episódico. Não é possível, contudo, considerar como eventual o fato de que o trabalho não se insere na vida normal da empresa. Existem trabalhadores que prestam serviços a empresa, embora não estejam incorporados a sua atividade normal. É o caso do eletricista que trabalha na indústria automobilística. Apesar de essa indústria não ter por atividade questões de eletricidade, mas a produção de veículos automotores, o trabalhador que presta serviços com habitualidade é considerado empregado. De outro modo, se o eletricista vai uma vez ou outra para reparar as instalações elétricas daquela empresa, aí, sim, estará caracteriza a eventualidade, pois o trabalhador foi contratado apenas para determinado evento na empresa, ou seja, reparar sua instalação elétrica. (MARTINS, 2016, p. 265)

Portanto, de acordo com o autor, a premissa básica para identificação de trabalho eventual é seu caráter esporádico, episódico e ocasional, pouco importando se este está inserido ou não na vida normal da empresa.

Todavia, Maurício Godinho Delgado (2015, p. 364) diverge da posição de Martins, sob o fundamento de que trabalha eventual seria aquele que reúne os seguintes pressupostos:

Descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; c) curta duração do trabalho prestado; d) natureza do trabalho concernente a evento certo, determinado e episódico quanto à regular dinâmica do empreendimento do tomador dos serviços; e) em consequência, a natureza do trabalho não seria também correspondente ao padrão dos fins normais do empreendimento.

Sob a ótica de Godinho (2002, p. 334), com base nas considerações acima explicitadas, seria o trabalhador avulso uma modalidade de trabalho eventual que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles.

A corrente é ainda defendida por Octávio Megano (1992, p. 151), que, inclusive, entende que Trabalhador Eventual e Trabalhador Avulso são sinônimos.

Cassar (2015, p. 279) segue posicionamento antagônico, e conforme percebe-se, mais coerente sobre o tema, ao afirmar que o trabalho eventual é aquele episódico, esporádico, decorrente de fato fortuito. Por seu turno, o trabalho avulso pode prestar serviços “previsíveis”, permanentes sob o ponto de vista da necessidade da empresa e de curta duração.

Na visão de Neto e Cavalcante, a diferença fica mesmo por conta da existência de interlocutor (sindicato no caso dos trabalhadores avulsos não portuários e órgão gestor de mão de obra no caso dos trabalhadores avulsos portuários), o que não é necessário na contratação dos serviços do trabalhador eventual:

É imperiosa a distinção entre trabalhador avulso e o eventual. Nas duas modalidades, a prestação de serviços ocorre por curtos períodos de tempo para diversos tomadores de serviços. O ponto diferencial reside na intermediação dos serviços na figura do trabalho avulso. A intermediação pode ocorrer pela entidade sindical ou pelo OGM.

Trabalhador avulso é a pessoa física que presta serviços, sem a configuração de relação de emprego, para diversos tomadores, de natureza urbana ou rural, sendo sindicalizado ou não, com a intermediação obrigatória da entidade sindical profissional ou do órgão gestor de mão de obra. (NETO e CAVALCANTE, 2017, p. 95)

2.4 Trabalhador Avulso Portuário

Em face da importância dos portos para a economia nacional, o trabalhador avulso portuário é regido por legislação específica, atualmente, pela Lei nº 12.815/2013, que ficou popularmente conhecida como “nova lei dos portos”.

O trabalhador avulso portuário, portanto, pode ser definido como aquele que presta serviços, sem vínculo de emprego, a inúmeros tomadores, sendo que a dita prestação de serviços ocorre nas proximidades da orla marinha, lacustre ou fluvial, ou seja, no setor portuário.

A inexistência de vínculo do trabalhador avulso portuário está prevista no bojo do art. 34 da Lei nº. 12.815/2013, que por sua vez prevê “O exercício das atribuições previstas nos arts. 32 e 33 pelo órgão de gestão de mão de obra portuário não implica vínculo com trabalhador portuário avulso.” (BRASIL, 2013).

Tão importante quanto a definição do que o trabalhador avulso portuário, é a própria aceção do que vem a ser instalação portuária, que por sua vez pode ser definida como o local utilizado para movimentação de passageiros ou para movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

Anteriormente à Lei nº 12.815/2013, o trabalhador avulso portuário era regulamentado pela Lei nº 8.630/1993, sucedida pela Medida Provisória nº 595/2012.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar, as principais alterações trazidas pela Lei nº. 12. 815/2013 foram:

- Possibilidade de privatização das administrações dos portos públicos;
- Esvaziamento de atribuições das Companhias Docas, que deixam de fazer o planejamento portuário;
- Extinção dos cargos de guarda portuária nas Companhias Docas;
- Permissão para que a iniciativa privada construa novos terminais (privativos) fora dos portos organizados para movimentar carga de terceiros, sem a necessidade de contratar trabalhadores portuários registrados pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) ou sindicatos;

- O Conselho de Autoridade Portuária (CAP), que era o principal órgão da administração portuária, passou a ter caráter consultivo;
- Transferência para a Secretaria de Portos da Presidência da República de todas as competências relativas a portos fluviais e lacustres que ensejam atribuídas ao Ministério dos Trabalhadores e ao Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT). (CASSAR, 2015. p. 288)

É preciso enfatizar que o art. 40 da Lei nº 12.815/2013 estabelece um rol de atividades portuárias que somente podem ser desenvolvidas por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado ou por portuários avulsos.

São elas: capatazia; estiva; conferência de carga; conserto de carga; vigilância de embarcações e bloco.

A definição legal dessas atividades está prevista nos incisos I, II, III, IV, V e VI do §1º, do art. 40, da Lei nº 12.815/2013:

- I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;
- II - estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;
- III - conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;
- IV - conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;
- V - vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e

VI - bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos. (BRASIL, 2013, Art. 40)

As atividades acima mencionadas, portanto, representam uma reserva de mercado, na medida em que são exclusivamente desempenhadas pelos trabalhadores portuários devidamente treinados, registrados ou cadastrados pelo órgão gestor de mão de obra (OGMO), razão pela qual fica o operador portuário compelido a valer-se, por imposição legal, dos serviços prestados pelo trabalhador avulso portuário.

Há de se ressaltar também que o operador portuário, em primeiro momento, deve preferenciar os trabalhadores avulsos mais assíduos, conforme leciona Cassar:

A regra é a seguinte: Primeiro o operador deve procurar dentre os avulsos registrados mais assíduos. Não havendo interessados ou número suficiente, poderá recorrer aos cadastrados e, apenas não havendo nenhum registrado e cadastrado, poderá procurar no mercado, à sua livre escolha, alguém para o trabalho e só contratá-lo depois de aplicar o curso de treinamento. Nessa hipótese o OGMO deverá proceder ao cadastro do portuário contratado, uma vez que, depois de despedido, poderá concorrer às escalas de trabalho. (CASSAR, 2015, p. 289)

Ponto fundamental no estudo da figura do trabalhador avulso portuário, portanto, é a figura do órgão gestor de mão de obra (OGMO).

2.5 Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO)

De acordo com o artigo 32 da Lei nº. 12.815/2013, os operadores portuários devem constituir em cada um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

- I – administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;
- II – manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;
- III – treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador avulso portuário, inscrevendo-o no cadastro;
- IV – selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;
- V – estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador avulso;

VI – expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário;

VII – arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários. (BRASIL, 2013, Art. 32)

Não obstante, dispõe o parágrafo único do art. 32 da Lei nº. 12.815/2013:

Caso celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no instrumento precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto. (BRASIL, 2013, Art. 32)

Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado acrescenta que:

Obviamente que a falta desse instrumento de negociação coletiva produzirá a automática incidência do art. 7º, XXXIV, CF/88, com a aplicação dos direitos trabalhistas assegurados pela legislação heterônoma federal. (DELGADO, 2015, p. 366)

A inteligência do parágrafo único do art. 32 da Lei nº 12.815/2013 revela que se houver instrumento de negociação coletiva, seja ele contrato, acordo ou convenção, entre os trabalhadores avulsos portuários e o tomador do serviço, a relação de trabalho deverá ser regulada pelo próprio instrumento, sem a interlocução do OGMO, mas sim do sindicato respectivo, conforme orienta Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 289).

Em face de suas atribuições, a requisição de mão de obra por parte do tomador de serviços deverá ser dirigida diretamente ao órgão gestor de mão de obra, com previsão no que dispõe o art. 1º da Lei nº 9.719/1998.

É ainda atribuição do OGMO a promoção de rodízio entre os trabalhadores avulsos portuários, justamente em virtude da liberdade na prestação de serviços, já que os trabalhadores não têm vínculo empregatício com os órgãos intermediadores e nem com as empresas tomadoras de serviço, inteligência que se faz do art. 5º da Lei 9.719/1998.

Embora não exista formação de vínculo empregatício do avulso portuário com o OGMO e tampouco com o tomador de serviços, é importante ponderar que estes são solidariamente responsáveis pelo pagamento de encargos trabalhistas, sendo ainda vedada a invocação de benefício de ordem (Martins, 2016).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia acrescenta:

O operador portuário e o órgão gestor de mão de obra são *solidariamente responsáveis* pelo pagamento dos encargos trabalhistas, das contribuições previdenciárias e demais obrigações, inclusive acessórias, devidas à Seguridade Social, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, sendo vedada a invocação do benefício de ordem (Lei nº 9.719/1998, art. 2º, 4º). (GARCIA, 2012, p. 277)

E, para resguarda-se de prejuízo financeiro decorrente de calote, é facultado ao OGMO exigir dos operadores portuários garantia prévia dos respectivos pagamentos, para atender a requisição de trabalhadores portuários avulsos.

Salienta-se ainda que o órgão gestor de mão de obra, embora responsável pelo pagamento de encargos trabalhistas conjuntamente com o tomador de serviços, o mesmo não ocorre em relação a eventuais prejuízos causados pelos trabalhadores avulsos portuários aos tomadores dos seus serviços (LEITE, 2019).

Outra importante característica do OGMO é a inexistência de fins lucrativos, com fundamento no que estabelece o art. 39, da Lei nº. 12.815/2013, *in verbis*:

O órgão de gestão de mão de obra é reputado de utilidade pública, sendo-lhe vedado ter fins lucrativos, prestar serviços a terceiros ou exercer qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra. (BRASIL, 2013, Art. 39)

Como visto, a função primordial do OGMO é exercer a gestão da requisição de mão de obra que lhe é dirigida, assegurando o rodízio de revezamento entre os trabalhadores avulsos portuários.

A promoção de rodízio, que como dito anteriormente é um dever do OGMO, é a própria materialização do princípio constitucional da igualdade, a chamada igualdade material, uma vez que por meio do chamado rodízio, não se permite que determinados grupos sejam privilegiados em detrimento de outros.

O legislador preocupou-se efetivamente com a promoção do rodízio, ao estabelecer no art. 8º da Lei nº 9.719/1998:

Na escalação diária do trabalhador portuário avulso deverá sempre ser observado um intervalo mínimo de onze horas consecutivas entre duas jornadas, salvo em situações excepcionais, constantes de acordo ou convenção coletiva de trabalho. (BRASIL, 1998, Art. 8)

É dever do OGMO ainda recolher os valores devidos pelos serviços prestados pelos trabalhadores avulsos, referentes à remuneração, acrescidos por percentuais relativos a 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional, depósitos de FGTS, encargos fiscais e previdenciários, o que deve ser realizado no prazo limite de 24 (vinte e quatro) horas contados do fim da prestação do serviço, por inteligência que se faz da leitura do art. 2º da Lei nº 9.719/1998.

Após o recolhimento junto ao tomador de serviços, Sérgio Pinto Martins leciona que:

O órgão gestor de mão de obra irá efetuar o pagamento da remuneração pelos serviços executados e das parcelas referentes a 13º salário e férias, diretamente ao trabalhador portuário avulso (art. 2º da Lei nº 9.719/98). Depositará o órgão gestor de mão de obra as parcelas referentes às férias e ao 13º, separada e respectivamente, em cotas individuais vinculadas, a serem abertas e movimentadas às suas expensas, especialmente para este fim, em instituição bancária de sua livre escolha, sobre as quais deverão incidir rendimentos mensais com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança. Os depósitos serão efetuados no dia 2 do mês seguinte ao da prestação do serviço, prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subsequente se o vencimento cair em dia que não haja expediente bancário.

A liberação das parcelas referentes a 13º salário e férias, depositadas nas contas individuais vinculadas, e o recolhimento do FGTS e dos encargos fiscais e previdenciários serão efetuados conforme regulamentação do Poder Executivo.

O pagamento da remuneração pelos serviços executados será feito no prazo de 48 horas após o término do serviço. (MARTINS, 2016, p. 270-271)

Todavia, é importante salientar que os prazos acima mencionados, quais seja, 24 (vinte e quatro) horas para cobrança pelo OGMO dos valores alusivos à prestação dos serviços, e 48 (quarenta e oito) horas para repasse destes aos trabalhadores avulsos portuários, podem ser flexibilizados através de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme ensina Garcia (2012, p. 277).

Como visto, a função do OGMO é imprescindível para a atuação do trabalhador avulso portuário, pois é justamente através de sua interlocução que é possível captar a demanda do trabalho, promover a capacitação e treinamento dos avulsos portuários além de fazer a cobrança pelos serviços e a correspondente transferência àqueles que prestaram os serviços.

O órgão gestor de mão de obra efetivamente exerce função associada ao interesse coletivo, não somente da classe dos trabalhadores avulsos portuários, mas também da própria sociedade, assegurando a ordem na prestação dos serviços de forma isenta, sem fins lucrativos para tanto.

2.6 Trabalhador avulso não portuário

Trabalhador avulso não portuário, em que pese o próprio nome dê a ideia de que estes não poderiam prestar serviços em área portuária, há sim a possibilidade de prestação de serviços, de modo que o que diferencia do trabalhador avulso portuário é que este último tem a intermediação de mão de obra realizada pelo órgão gestor de mão de obra, enquanto o trabalhador avulso não portuário é arregimentado pelo sindicato.

O ponto que em comum entre o trabalhador avulso portuário e o não portuário é que ambos necessitam da intermediação obrigatória, o primeiro pelo sindicato e o último pelo OGMO.

Trabalhador avulso não portuário, portanto, pode ser definido como aquele que presta serviços a diversos tomadores diferentes, sem vínculo empregatício.

Em virtude de sua especificidade, a classe também é regulamentada por legislação específica, a Lei nº 12.023/2009, popularmente conhecida como lei dos movimentadores de mercadoria.

O art. 2º da estabelece quais atividades estão inseridas dentro da dinâmica de trabalho dos avulsos não portuários:

Art. 2º São atividades da movimentação de mercadorias em geral:

I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras;

II – operações de equipamentos de carga e descarga;

III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade. (BRASIL, 2009, Art. 2)

Ressalte-se, todavia, que o rol previsto nos incisos do art. 2º não é exaustivo, mas sim exemplificativo, razão pela qual é possível que outras tarefas sejam comuns aos movimentadores de mercadoria avulsos sem que estejam contemplados no dispositivo legal em referência.

Anteriormente à vigência da Lei nº 12.023/2009, que como dito, regulamentou a atividade desempenhada pelo trabalhador avulso na movimentação de mercadoria, estes trabalhadores encontram-se em situação de total desamparo, em que pese a Constituição Federal assegure a igualdade entre os trabalhadores avulsos e urbanos e rurais, com fundamento no que preconiza o artigo 7º, inciso XXXIV.

Com efeito, a atividade do movimentador de mercadoria, no cenário pretérito à vigência da lei, era de extrema situação de informalidade, o que por consequência ocasionava o desamparo dos trabalhadores avulsos.

Anteriormente à vigência da lei, era comum relatos de trabalhadores avulsos que se acidentavam no durante o desempenho de suas atividades, e o motivo é simples e aparente, a informalidade praticamente elimina a incidência das normas que regulamentam a segurança e a prevenção a acidentes.

Uma vez acidentados, seja porque não recebiam o tratamento adequado para o desempenho da função, ou porque não tinham à sua disposição todos os equipamentos de proteção individuais necessários para que desempenhassem suas atividades com segurança, esses trabalhadores rurais ficavam em extrema situação de vulnerabilidade.

Os movimentadores de mercadoria ficaram popularmente conhecidos como “chapa”, isso porque comumente, e até hoje, podem ser facilmente encontrados às margens das rodovias ao longo do Brasil, com uma placa (chapa) oferecendo serviços aos caminhoneiros que percorrem as estradas.

As ditas “chapas” geralmente estampam frases curtas e diretas como: “carga e descarga de mercadoria”, “descarrego”, “lavagem de caminhão”, por exemplo.

Além de estarem presentes em grande número nas rodovias ao longo do Brasil, os “chapas” também são facilmente encontrados nas centrais estaduais de

abastecimento (CEASA), onde também há grande circulação de caminhões que transportam produtos agrícolas entre outros.

Nos termos do artigo 1º da Lei 12.023/2009, as atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de acordo coletivo de trabalho.

Na concepção de Leite, a forma de contratação depende da vontade da própria empresa:

Vale dizer, a contratação de empregado ou de trabalhador avulso vai depender da vontade do outro sujeito da relação jurídica correspondente. Se o tomador do serviço quiser contratar trabalhador avulso deverá firmar acordo coletivo com o sindicato da categoria profissional; se quiser contratar empregado deverá firmar contrato de trabalho diretamente com o prestador de serviços (Lei 12.023, art. 3º) (LEITE, 2019, p. 283)

É patente, portanto, que as empresas têm duas opções para operacionalizar os seus serviços de movimentação de mercadoria: requisitar a mão de obra de trabalhador avulso, nesse caso com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional; ou contratar diretamente empregado para aquela determinada atividade, com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

A interpretação a contrário senso revela que as empresas não podem se valer da utilização do trabalhador temporário, regulamentado pela Lei nº 6.019/1974, que está diretamente associada à prestação de serviço destinado a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

De todo modo, o intuito da lei não foi dizimar a participação da classe dos trabalhadores avulsos na movimentação de mercadoria, mas sim dar ainda mais força a esta, através da regulamentação da classe, trazendo a necessidade de intermediação de obra pelo sindicato, órgão aguerrido e que luta pelos direitos coletivos e difusos da categoria.

Dada a sua importância nesse cenário, a entidade de classe profissional passou a ter diversas atribuições, pormenorizadas nos artigos 4º e 5º da Lei nº 12.023/2009:

Art. 4º O sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação, devendo prestar, com relação a estes, as seguintes informações:

I – os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato;

II – o serviço prestado e os turnos trabalhados;

III – as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores, registrando-se as parcelas referentes a:

a) repouso remunerado;

b) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

c) 13º salário;

d) férias remuneradas mais 1/3 (um terço) constitucional;

e) adicional de trabalho noturno;

f) adicional de trabalho extraordinário.

Art. 5º São deveres do sindicato intermediador:

I – divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores;

II – proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados;

III – repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso;

IV – exibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos;

V – zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho;

VI – firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para normatização das condições de trabalho.

§ 1º Em caso de descumprimento do disposto no inciso III deste artigo, serão responsáveis, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical.

§ 2º A identidade de cadastro para a escalação não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho. (BRASIL, 2009, Arts. 4º e 5º)

Extraí-se dos deveres mencionados no diploma legal, notadamente do parágrafo segundo do artigo 5º, que é incumbência da entidade de classe o cadastro dos trabalhadores avulsos, em documento distinto da carteira de associado, justamente para evitar a preferência ao sindicalizado ou a indução à associação sindical.

A regra é interessante na medida em que garante ao trabalhador avulso o tratamento isonômico por parte do sindicato, ainda que aquele determinado trabalhador opte por não se filiar à entidade de classe. Trata-se da materialização do princípio constitucional da liberdade de associação (Delgado, 2015).

Vólia Bomfim Cassar afirma que o princípio da liberdade sindical individual de associação pode ser tanto positiva quanto negativa:

A liberdade individual pode ser positiva ou negativa. Na positiva estão incluídos os seguintes direitos: a) o direito dos trabalhadores e dos empregados de se reunirem a companheiros de profissão ou a empresas com atividades iguais ou conexas para fundar sindicatos ou outras organizações sindicais; b) o direito de cada trabalhador ou empregador de filiar a essas organizações e nelas permanecer. Sob a ótica negativa, a liberdade sindical individual abrange: a) o direito de se retirar de qualquer organização sindical quando quiser; b) o direito de não filiar-se a sindicato ou outras organização sindical. (CASSAR, 2015, p. 1229)

A inteligência do artigo 5º, incisos I e II, dão conta de que é dever do sindicato viabilizar as escalas de revezamento dos trabalhadores avulsos aos tomadores de serviços, assegurando ainda equilíbrio na distribuição das equipes e funções desempenhadas, em prestígio ao princípio constitucional da igualdade.

Além de assegurar o princípio da igualdade, ao garantir que todos os trabalhadores avulsos poderão prestar serviços em situação de igualdade, evitando a segregação de determinados grupos, como, por exemplo, dos empregados que

optarem por não se sindicalizarem, o dever imposto pela Lei nº 12.023/2009 assegura ainda que os trabalhadores possam prestar serviços a diversas empresas distintas.

Com efeito, caso o sindicato descumpra essa obrigação que lhe foi imposta, de modo que o trabalhador avulso preste serviços sempre à mesma empresa, este perderia a sua própria condição de avulso, pois como visto anteriormente, trabalhador avulso é aquele que trabalha para diversos tomadores, sem vínculo empregatício com nenhum deles.

Logo, a multiplicidade de tomadores de serviços é uma condição vital ao trabalhador avulso não portuário (Cassar, 2015).

A lei pronuncia ainda que é dever do sindicato o repasse dos valores pelos tomadores de serviços aos seus reais destinatários, quais sejam, os trabalhadores avulsos, o que deverá ser feito no prazo de 72 (setenta e duas horas) contados a partir da arrecadação (Martins, 2016). Todavia, não há na legislação qualquer disposição sobre as consequências caso a entidade de classe não observe o prazo estipulado.

Nas lições de Vólia Bomfim Cassar, a intermediação do sindicato da mão de obra do trabalhador avulso na movimentação fere de morte o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal:

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), pois o seu papel é de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso. Todavia após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada pela lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade. (CASSAR, 2015, p. 281)

Acrescenta ainda a autora:

[...] a Lei nº 12.023/2009 não atinge todos os avulsos não portuários, mas tão somente os que trabalham na movimentação de marcadoria. Mesmo assim, a constitucionalidade da lei mencionada é discutida, pois fere de morte o art. 8º, III, da CRFB. (CASSAR, 2015, p. 282)

O entendimento da autora permite uma digressão ao estudo sobre a finalidade dos sindicatos.

São os sindicatos entidades associativas permanentes, que são criados com o viés de conduzir problemas coletivos de uma determinada classe de trabalhadores ou empregadores, através da defesa de seus interesses trabalhistas e conexos, e que tem como finalidade a melhoria da categoria de um modo geral (Cassar, 2015).

Maurício Godinho Delgado acrescenta:

A definição constrói-se tendo em vista os sindicatos obreiros, cuja presença confere a marca distintiva do Direito Coletivo, em uma dinâmica atual e em sua própria evolução histórica ao longo do capitalismo.

Entretanto, à medida que existem também, é claro, sindicatos empresariais, pode-se construir definição mais larga, que abranja os dois polos trabalhistas, de obreiros e de empregadores.

Nessa linha mais lata, envolvendo empregadores, empregados e outros obreiros que se vinculam sindicalmente (como profissionais liberais e trabalhadores avulsos), sindicatos seriam entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, “*lato sensu*”, e empregadores, visando a defesa de seus correspondentes interesses coletivos. (DELGADO, 2015, p. 1423)

Tem-se, pois, que da própria definição de sindicato, emerge também a sua principal função, que é justamente a da representatividade. Representatividade, sob a ótica do Direito Coletivo do Trabalho, corresponde a possibilidade de atuação em nome próprio do sindicato em defesa da categoria de um modo geral.

Essa prerrogativa garante ao sindicato a possibilidade de representar perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da categoria ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão. E, de acordo com Sérgio Pinto Martins (Martins, 2016, p. 1097) “Uma das funções precípua do sindicato é a de representar a categoria e não apenas os associados”.

Além da representação, os sindicatos têm função negocial, que consiste na habilidade em costurar convenções e acordos coletivos de trabalho, que surgem justamente da comunhão de interesses entre as categorias dos empregados e empregadores.

As entidades de classe têm, pois, a aptidão para o desenvolvimento da negociação coletiva, que emana justamente da função negocial dos sindicatos:

Os grupos sociais quando entram em negociação coletiva demonstram desenvolvimento e maturidade nas formas de composição de litígios, pois reduz a participação do Estado nas lides. A negociação coletiva é base de formação do Direito do Trabalho, pois se caracteriza como atividade típica de toda estrutura deste ramo do direito. (Cassar, 2015, p. 1251)

Sérgio Pinto Martins (Martins, 2016, p. 1098) compartilha do mesmo ponto de vista ao definir que “É melhor que as próprias partes resolvam seus conflitos, mediante concessões recíprocas, por meio de negociação”.

A função negocial dos sindicatos está prevista nos artigos 7º, XXVI, e 8º, inciso VI, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (BRASIL, 1988, Arts. 7º e 8º)

A leitura dos dispositivos constitucionais supramencionados revela que o legislador constitucional tratou de brindar os sindicatos com a função negocial, justamente porque essa, além de constituir uma função, é antes uma prerrogativa das entidades sindicais (Cairo Jr, 2017, 1166).

Com efeito, dentre as funções acima mencionadas, efetivamente não se percebe qualquer fundamento que viabilize e autorize que o sindicato atue como gestor de mão de obra, como se empresa fosse, na forma prevista na Lei nº 12.023/2009.

O sindicato, nessas condições, deixa de exercer suas principais atividades, passando a ser, por consequência, um mero intermediador de mão de obra, o que de fato está fora do propósito previsto no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

E justamente em virtude disso, muito se discute se a criação da Lei nº 12.023/2009 criou, por vias indiretas, reserva de mercado em relação à atividade do movimentador de mercadoria, uma vez que o art. 1º, ao afirmar que a atividade será exercida pelos trabalhadores avulsos, com a intermediação obrigatória do sindicato.

Afinal, a atividade de movimentação de mercadoria pode ser operacionalizada pelas empresas por meio de outro modelo de produção, ou o intuito do legislador foi mesmo de assegurar a exclusividade daquelas atividades aos trabalhadores avulsos?

Poderiam as empresas optar pela contratação de empresa terceirizada para realização da movimentação de mercadoria? A matéria permite uma digressão ao estudo ao fenômeno da terceirização.

3 TERCEIRIZAÇÃO

3.1 Conceito

Terceirização é um fenômeno que pode ser interpretado como a transferência de determinadas atividades tidas como menos relevantes dentro da empresa, as chamadas atividades periféricas, por empresas contratadas, especializadas

Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra, por motivo de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo.

Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa, chamada empresa contratante, passa a ser executada por outra empresa, denominada como contratada ou empresa prestadora de serviços.

Na concepção de Vólia Bomfim Cassar a terceirização pode ser definida como:

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou simulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal, (CASSAR, 2015, p. 480)

Terceirizar é, pois, passar as atividades periféricas, aquelas que não são as principais, para outra empresa, que se preocupará com a dita atividade periférica, desonerando, portanto, a empresa contratante, chamada de empresa tomadora.

Por meio da transferência dos serviços periféricos à empresa interposta, o tomador de serviços consegue voltar suas atenções para o escopo principal da empresa, o chamado núcleo central da empresa. O vínculo empregatício, todavia, continua sendo formado entre o empregado terceirizado e a empresa interposta (Cassar, 2015).

A terminologia terceirização decorre de neologismo proveniente da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. E quando se fala terceiro, não é sob a perspectiva jurídica, mas sim aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo ganhou força na seara da administração de empresas, sem qualquer relação com o Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Na visão de Otávio Pinto e Silva (SILVA, 2004, p. 60), terceirização pode ser concebida com uma técnica de administração que reflete a tendência de transmitir a terceiros atividades que anteriormente estavam a cargo da própria empresa.

Portanto, a terceirização tem múltiplas e variadas definições. Para os que são adeptos ao fenômeno, apontam para sua disseminação, e afirmam que a terceirização seria a horizontalização da atividade econômica, e que por meio disso grandes empresas estão transferindo para outras uma parte das funções, que até então estavam abaixo de seu guarda-chuva produtivo, e que eram até então por ela diretamente exercidas, concentrando-se, progressivamente, em rol de atividades cada vez mais restrito.

Essa é a linha, inclusive, a que se filia Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização prova uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e

intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2015, p. 474)

Nessa linha de pensamento, é possível estabelecer que a terceirização é um fenômeno que tem origem na administração de empresas, por meio da qual se operacionaliza a transferência de determinados segmentos a uma empresa especializada, constituindo uma relação trilateral.

Os integrantes da dita relação trilateral são: o trabalhador, que executa os serviços contratados pelo tomador de serviços, que o segundo integrante da relação, todavia, tem preservado o seu vínculo empregatício com a empresa terceirizante interposta, que completa, portanto, o triângulo.

Uma das funções da terceirização, senão a mais importante, é dinamizar a relação produtiva, isso porque é o mecanismo utilizado pelas empresas para obtenção de serviços específicos de quem não é efetivamente seu empregado, mas sim da empresa interposta, que por sua vez é especializada naquele determinado segmento, e, presumindo-se, ser detentora do *know-how* necessário para a execução da atividade.

Desse modo, por meio desse dinamismo, o tomador de serviço poupa tempo e dinheiro que seriam despendidos caso ele mesmo optasse pela contratação direta, com a capacitação do empregado.

A concepção de terceirização, portanto, surgiu da ideia de descentralizar determinadas atividades consideradas menos relevantes para as empresas, como, por exemplo, para uma escola.

Uma escola tem como seu núcleo central a prestação de serviços educacionais de qualidade. Com isso, é natural que concentre seus esforços na capacitação de seus professores e na metodologia de ensino.

Lado outro, outros serviços como, por exemplo, limpeza e segurança, não estão intrinsecamente ligados ao objetivo central da escola, sendo também natural que seja desejo a sua transferência para empresas especializadas nesses ramos.

Por se tratar de técnica de administração, que desencadeou um relevante fenômeno jurídico, é possível que suas concepções sejam ampliadas significativamente.

Diante disso questiona-se: e se a escola optasse também pela terceirização de serviços de seu núcleo central, isto é, pela contratação de empresa interposta para fornecimento de serviços que até então era desempenhado por seus professores?

A reflexão leva, inevitavelmente, ao estudo da normatividade que circunda historicamente a terceirização no Brasil.

3.2 Normatividade jurídica e regulamentação da terceirização

Assim como acontece de um modo geral, o Direito é instrumento pacificador dos fenômenos sociais, e a regulação dos temas surge do anseio da população, o que aconteceu igualmente com a terceirização.

Como leciona Maurício Godinho Delgado:

O avanço de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas década tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT. (DELGADO, 2015, p. 475)

E junto com essa quebra de modelo pragmático de fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, imperiosa foi a sua regulamentação no Direito brasileiro.

Efetivamente, a primeira regulamentação legal sobre a matéria surgiu com o advento da Lei nº 6.019/1974, popularmente conhecida como “lei do trabalho temporário”, que é um marco na terceirização do mercado privado nas empresas urbanas.

A Lei nº 6.019/1974 impulsionou a quebra do modelo clássico bilateral, promovendo uma verdadeira inflexão, todavia, ainda tímida pois como aduzido anteriormente, abarcava apenas a modalidade de terceirização temporária, e não permanente (Delgado, 2015, p. 478).

Sobre a diferenciação entre terceirização permanente e temporária, Vólia esclarece:

Temporária é aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (transitória), como, por exemplo, a autorizada pela Lei nº 6.019/74. Permanente, a terceirização que pode ser contratada de forma contínua, para necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes (Lei nº 7.102/83), por exemplo. (CASSAR, 2015, p. 484)

Como bem dirimido pela autora, a Lei nº 6.019/1974 não propiciava a transferência de atividades rotineiras na empresa, mas apenas que eram esporádicas, intituladas de transitórias.

O serviço de vigilância bancária foi pioneiro na possibilidade de terceirização permanente, através da edição da Lei nº 7.102/1983.

Veja-se, portanto, que até a edição da referida lei, as empresas estavam limitadas a terceirizar segmentos de forma temporária, em ocasiões episódicas, esporádicas.

Ao que se percebe, o intuito do legislador foi de criar uma tipicidade específica, totalmente dissociada, portanto, da relação clássica de emprego, consagrada nos artigos 2º e 3º da CLT.

Em virtude disso à Lei nº 6.019/1974 é dado o crédito pela criação do modelo trilateral, onde o vínculo empregatício se dá entre o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário, todavia, os serviços são prestados a um terceiro, efetivamente, sem que haja prejuízo do vínculo existente com a empresa de trabalho temporário.

É importante que se diga ainda que a Lei nº 6.019/1974, que como dito anteriormente, deu origem à figura do trabalhador temporário, em nada se relaciona com o empregado contratado por prazo determinado.

O trabalhador temporário não se confunde com a figura do trabalhador admitido a prazo, por curto período, pela própria empresa tomadora de serviços (por contrato de temporada, por exemplo). Esse último é empregado clássico, firmando relação de emprego com o tomador real de seu trabalho, regendo-se integralmente pela CLT e não pela Lei nº 6.019/74. As regras de seu contrato a termo estão insculpidas nos arts. 443 e 445 da CLT, por exemplo, ao passo que o temporário tem sua relação de emprego firmada com a empresa de trabalho temporário e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se, ademais à regência normativa da Lei n. 6.019. (DELGADO, 2015, p. 500)

De acordo com a definição presente no bojo do art. 2º, da Lei nº 6.019/1974 (BRASIL, 1974, Art. 2º) “trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória ou substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimos extraordinários de serviços”.

Seguindo a definição de trabalho temporário, é possível ainda estabelecer que a empresa de trabalho de temporário é a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos.

Na mesma linha de pensamento, trabalhador temporário pode ser definido como a pessoa física vinculada e subordinada a uma empresa de trabalho temporário, que fica responsável pelo pagamento de seu salário, que é contratado por outra empresa tomadora de seus serviços de forma temporária, em virtude de alguma necessidade intercorrente, podendo ser originária da substituição de pessoal ou para atender acréscimo extraordinário de serviço.

Caso descumpridos os requisitos por parte da tomadora de serviços temporário, o vínculo empregatício até então havido entre empresa de serviços temporário e trabalhador se dissolve, formando-se, por consequência, diretamente com o tomador dos serviços, isso porque o sistema jurídico estabelece limites à terceirização (Garcia, 2012, p. 346).

Os limites são bem dirimidos por Maurício Godinho:

A ordem justabalhista especial que regula o trabalho temporário dispõe que não será qualquer trabalhador que poderá reger-se por esse tipo legal. A Lei n. 6.019/74 vale-se, por exemplo, da expressão *trabalhadores devidamente qualificados* (art. 4º), ao passo que o Regulamento Normativo da mesma lei (Decreto n. 73.841/74) utiliza-se da expressão *pessoal especializado* (art. 2º). A partir desses diplomas especiais pode-se inferir a intenção da ordem jurídica de limitar a figura excetiva do trabalho temporário a *funções e atividades caracterizadas por alguma qualificação ou especialização profissional*, ainda que mínima e não formalizada. (DELGADO, 2015, p. 501)

Há de se observar ainda que os limites à terceirização não ficaram restritos à imposição previstas na legislação especial, qual seja, Lei nº 6.019/1974 e Lei nº 7.102/1983, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 8.663/1994, flexibilizando a terceirização dos serviços de segurança não somente ao segmento bancário.

Com efeito, os limites impostos pela legislação infraconstitucional são importantes, todavia, mais ainda importantes são os limites implícitos que estão presentes na Constituição Federal de 1988, nas regras assecuratórias do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no bojo do artigo 1º, inciso III.

Além disso, é possível ainda observar a proteção ao trabalhador quando a Constituição o coloca os valores sociais do trabalho como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, inteligência que se faz do artigo 1º, inciso IV.

Sobretudo, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em estabelecer que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme consta do artigo 3º, inciso III.

Todos esses regramentos, ainda que se tratem de normas programáticas, de eficácia limitada, são norteadores.

É certo, portanto, que a legislação específica que regulamenta a terceirização deve ser interpretada nos limites principiológicos impostos pela Carta Cidadã.

Não se pode perder de vista que a terceirização, num país como o Brasil, tem o afã de geração de emprego e impulsão da economia, levando-se em consideração que historicamente o processo de terceirização surge da necessidade de reduzir custos com atividades tidas como menos importante para as empresas.

Vólia Bomfim Cassar faz importante ponderação sobre a redução de custos

A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí porque dos anos 90 pra cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda. (CASSAR, 2015, p. 481)

Diante da necessidade de interpretação sistemática da legislação em atenção aos preceitos constitucionais, a jurisprudência sofreu significativas modificações ao longo dos anos quando o tema é a terceirização.

A partir da vigência da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 (Brasil, 2017), que alterou dispositivos da Lei nº 6.019, a qual, como amplamente discutido, trata do trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas

empresas de prestação de serviços a terceiros, foi introduzida a possibilidade de empresas tomadoras de serviços terceirizarem suas atividades-fim.

Dessa forma, entende-se por terceirização de serviços, toda prestação de serviços efetuada por pessoa jurídica de direito privado que se destine a prestar serviços determinados e específicos à empresa contratante, conforme disposto no Artigo 4º-A, da Lei nº 13.429/2017. A empresa prestadora de serviços é responsável pela remuneração do trabalho realizado por seus funcionários, ou pela subcontratação de outras empresas para a prestação dos serviços a que se comprometeu a prestar. Ainda, é certo que o liame empregatício entre estabelecido entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, responsável diretamente pela remuneração e direção do trabalho do empregado não se perde, em que pese a execução atividade possa se dar em instalações físicas da empresa contratante.

3.3 Terceirização lícita e ilícita

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.429/2017, que alterou significativamente os dispositivos constantes da Lei nº 6.019/1974, predominava o entendimento legal e jurisprudencial de que a terceirização somente seria considerada lícita a terceirização na chamada “atividade-meio”.

Por razões lógicas, a terceirização perpetrada na chamada “atividade-fim” era considerada ilícita.

Portanto, a terceirização da atividade-fim estava inserida, até a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, dentro do rol de hipóteses de terceirização ilícita, assentadas na Súmula nº 331 do TST.

Maurício Godinho Delgado (Delgado, 2015, p. 488) delimita que constitui modalidade de terceirização ilícita a contratação de serviços que poderiam ser prestados com arrimo na Lei nº 6.019/1974, ou seja, os serviços temporários.

Como já elucidado anteriormente, na hipótese de contratação de trabalhador temporário, que, frise-se, não pode ser confundido com o trabalhador contratado por prazo determinado, aquele mantém preservado o vínculo empregatício com a empresa de trabalho temporário, a qual coloca à disposição de empresa contratante-cliente, em decorrência lógica do contrato firmado, os serviços de seu empregado.

Godinho acrescenta:

É claro que, ao lado dessas hipóteses de contratação tipificadas, a Lei n. 6.019 estabelece ainda outros requisitos para a admissão de trabalho temporário, cuja observância é da essência dessa figura excepcional justrabalhista [...] (DELGADO, 2015, p. 488)

Ainda de acordo com a inteligência da Súmula 331 do TST, especificamente em seu item III, estão inseridas dentro do rol de atividades lícitas a terceirização de serviços relacionados à vigilância, limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Anteriormente, o TST havia estabelecido o entendimento, através da Súmula nº 256, que por sua vez também tratava da legalidade na terceirização, de que salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, era considerado ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, o que desencadeava o reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Tem-se, pois, que através do cancelamento da Súmula nº 256, e consequente edição da Súmula nº 331, o TST ampliou as possibilidades de terceirização, o que é defendido por Maurício Godinho Delgado:

Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de súmula revisado. A Súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significava que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratam serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização. (DELGADO, 2015, p. 488)

Como visto, o item III da Súmula nº 331 definiu como hipóteses de terceirização lícita os serviços relacionados à vigilância, não restringindo sua atuação no segmento bancário, mas em todas as áreas.

Por sua vez, anteriormente, o TST tinha o entendimento de que as terceirizações de serviços relacionados à vigilância somente poderiam ser realizadas em empresas relacionadas ao setor bancário, seguindo a tônica da Lei nº 7.102/1983, o que havia sido consolidado na Súmula nº 256, cancelada posteriormente.

De igual modo, constitui modalidade de terceirização lícita as atividades de limpeza e conservação, também mencionados no item III da Súmula nº 331 do TST.

3.4 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim

Como mencionado anteriormente, o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Justiça do Trabalho, e refletido no item III da Súmula 331, do TST, *in fine*, era de que a terceirização de serviços ligados à atividade-fim do tomador de serviços seria considerada ilícita.

Ponto crucial, portanto, era identificar dentro do ciclo produtivo de cada empresa quais atividades estariam ligadas à chamada atividade-meio.

A matéria, inclusive, exige grande exercício de reflexão, por se tratarem de terminologias extremamente subjetivas, além do que não há qualquer regramento legal que aborde a matéria.

Portanto, as definições de atividade-meio e atividade-fim sempre foram objeto de estudo da doutrina juslaboral brasileira.

Na visão de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (GARCIA, 2012, p. 349) atividade-meio pode ser definida como “aquele de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe”.

Atividade-fim pode ser reconhecida como a atribuição empresarial e laboral que se insere no núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, incorporando a essência dessa dinâmica empresarial e contribuindo, inclusive, para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico (Delgado, 2015).

Por outro lado, atividades-meio são aquelas periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

De acordo com José Cairo Junior, é ainda possível diferenciar atividade-meio de atividade fim através do mérito da indispensabilidade:

Se determinada atividade é indispensável, ou seja, constitui condição sine qua non para o funcionamento da empresa, a hipótese será de atividade-fim. Caso contrário, se com a ausência temporária daquele

serviço a empresa desenvolve sua atividade, mesmo que com dificuldade, o caso será de atividade-meio. (CAIRO JR, 2017, p. 456)

A classificação a princípio, parece ser simples, mas, todavia, não é.

Diferenciar o que é indispensável dentro da cadeia produtiva de uma empresa não é de simples trato, isso porque a maioria das empresas funciona como um sistema composto de diversas pequenas engrenagens, que funcionam de forma concatenada e harmônica, de modo que o mau funcionamento de uma dessas engrenagens pode representar uma queda acentuada na produtividade da empresa de um modo geral, ou até mesmo com a paralisação total dos serviços.

Fato é que as relações trabalhistas estão a cada dia mais complexas, fruto, principalmente, do desenvolvimento tecnológico, o que permite uma interdisciplinaridade dentro do ambiente empresarial, o que quer dizer que é difícil avaliar qual a extensão de determinado segmento da empresa, para classificá-lo como integrante ou não do núcleo central da empresa.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim, quando encarada sob a ótica da essencialidade, toma como base uma empresa que utiliza como módulo de produção industrial o Fordismo, que tem como uma de suas principais características a produção em grande escala, em que o trabalhador executa uma única tarefa, baseada em uma clara setorização dentro da empresa.

Por sua vez, quando se toma como base uma empresa que utiliza como módulo de produção industrial o Toyotismo, em que trabalhadores executam diversas atividades dentro da cadeia produtiva, sendo difícil a tarefa de definir os segmentos da empresa, a identificação dos procedimentos associados ao núcleo se confunde com as próprias atividades periféricas, justamente em virtude da intensa integração dentro da empresa.

Nas lições de Pedro Paulo Teixeira Manus, a terceirização é imposta em razão da própria globalização. O autor descreve que o fenômeno é extremamente prejudicial aos trabalhadores, considerando que a escopo basilar da terceirização é justamente reduzir os custos, embora parte da doutrina insista em sustentar que não.

Lembre-se que a terceirização é situação imposta pelo fenômeno da globalização, à medida que a competitividade aumenta com esse processo que introduz entre nós outros competidores, como as empresas multinacionais, tornando o mercado altamente difícil para a

empresa nacional, impondo-lhe medidas drásticas para poder manter-se em atividade. (MANUS, 2015, p. 86)

De mais a mais, é certo que a terceirização é um fenômeno em ascensão no contexto empresarial brasileiro, e, em que pese a existência de verbete sumular que restringia a sua utilização nas hipóteses acima reportada, em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária realizada em 30 de agosto de 2018, debruçado sobre a matéria vertida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958.252 com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, aprovando a tese de repercussão geral n. 725.

3.5 Terceirização irrestrita: Tese nº 725

No mérito discutido na ADPF nº 324, o objeto era o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, invocando o enunciado 331 do TST, que supostamente estariam produzindo decisões contraditórias e restritivas, quando não impeditivas, da terceirização.

A alegação basilar da parte autora, Associação Brasileira do Agronegócio – ABAB, que essas decisões vinham acarretando a litigiosidade acerca da matéria, aumentando, por consequência, a insegurança jurídica.

Por sua vez, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, da relatoria do Ministro Luiz Fux, o objeto guarda relação com uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mantida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que impede que a parte autora, Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA, especializada em celulose, terceirize os serviços de reflorestamento e afins, por considerar que tais atividades estariam inseridas no contexto da atividade-fim da dinâmica de produção da empresa, o que seria vedado na concepção consolidada pelo TST.

A discussão elevada à apreciação do STF versava, sobretudo, em buscar qual a forma mais progressista de se assegurarem emprego, direito dos empregados e o desenvolvimento econômico, de forma harmônica, isso porque em caso de insucesso no que diz respeito ao desenvolvimento econômico das empresas não há emprego, nem renda, tampouco a consolidação das garantias sociais conquistadas ao longo dos anos.

Subjacente a essa discussão, também estava uma dualidade que contrapunha uma visão protecionista e paternalista de um lado, e noutro bordo, uma visão emancipatória que procura fortalecer a negociação e a liberdade de contratar.

Não se pode perder de vista que o julgamento em conjunto dessas questões ocorreu justamente em cenário turbulento na economia brasileira, que à época tinha cerca de 13 milhões de desempregados, e cerca de 37 milhões de trabalhadores na informalidade.

Acentue-se ainda que no Direito do Trabalho a liberdade de contratar é rigidamente limitada pela constituição, com ou sem a terceirização. Desse modo, como é de amplo conhecimento, existem direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores que estarão sempre assegurados, desde que não sejam jogados na informalidade em virtude de regras trabalhistas excessivamente rígidas.

No entendimento do STF, a mera busca pela redução de custos não representa um elemento fulcral impeditivo e que torne ilícita a terceirização, justamente por fazer parte do negócio, da própria economia, o que garante, inclusive, a competitividade no mercado.

Foi levado em consideração pelo STF que a terceirização tem outros propósitos:

- a) Aumentar a qualidade através da contratação externa de serviços que não constituem o diferencial da empresa e que são prestados com maior eficiência por terceiros;
- b) Ampliar a capacidade para atender a aumento temporário de demandas;
- c) Possibilitar o acesso de mão de obra qualificada não dominada pela empresa;
- d) Desenvolver atividades que demandam conhecimento especializado e capacidade de atração de profissionais de ponta.

Tem-se ainda, de acordo com a decisão do STF, que o argumento de que a terceirização irrestrita representaria uma verdadeira precarização nas relações de emprego, com supressão de direitos básicos, não se sustenta justamente porque dentro da relação empregatício existente entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, as obrigações trabalhistas são exigíveis igualmente.

Acentuou ainda o STF que a empresa tomadora dos serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que por si só desmistifica as assertivas que inquinam à existência de precarização em casos de terceirização da chamada atividade-fim.

Quanto aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, estes asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade, desde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição Federal e na legislação.

E, desde que respeitadas os direitos mínimos, a Constituição não impõe a adoção de um modelo específico de produção e tampouco impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis.

O olhar sistemático ao texto constitucional, remete ao entendimento de que a Constituição não veda nem implícita, nem explicitamente a terceirização.

No tocante à segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança, porque trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade-meio, atividade-fim, atividade essencial, o que permite que cada um projete dentro desses conceitos elásticos aquilo que lhe convém da melhor forma.

Portanto, a permissão de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica sem precedentes, de modo que boa parte desses trabalhadores que trabalham na informalidade poderiam estar na formalidade, trabalhando em empresas terceirizadas.

Outro argumento consistente utilizado pelo STF é de que não há nenhuma lei que proíba a terceirização, de modo que essas restrições são impostas subjetivamente por criação da própria justiça do trabalho.

A invocação que se faz de violação dos artigos 2º e 3º da CLT, é de que esta prevê que as relações jurídicas sejam bilaterais, enquanto a terceirização como já analisado anteriormente, baseia-se numa relação trilateral.

Ademais, como se sabe, no direito privado, vigora o princípio da autonomia da vontade, de modo que se não há lei proibindo a terceirização, não há porque interpretar que exista essa proibição, desde que respeitados os direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição Federal e na legislação específica.

Com base nas razões acima expendidas, firmou o STF a Tese nº 725 com repercussão geral reconhecida no sentido de que:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. (STF, 2018, *online*)

O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, portanto, é de que é lícita a terceirização em todas as etapas produtivas da empresa, de modo que a discussão sobre atividade-meio e atividade-fim perdeu as forças, o que, inclusive, tornou obsoleta a Súmula nº 331 do TST, em pese ainda não tenha ocorrido a revisão do enunciado.

4 Análise de caso concreto

Caso emblemático e que demonstra cabalmente a grande discussão sobre a possibilidade ou não de terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria é a que envolve o Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Cargas e Descargas em Geral de Santa Helena de Goiás – SINCADE, e a empresa Monsanto do Brasil LTDA.

A empresa acima mencionada, Monsanto do Brasil LTDA., sempre fez uso da mão-de-obra de trabalhadores avulsos para executar os serviços de movimentação de mercadoria em uma de suas plantas, situada no município de Santa Helena de Goiás/GO.

Ciente das imposições fixadas na Lei nº 12.023/2009, que preconiza que a contratação do avulso deve necessariamente ser intermediada pelo sindicato da categoria, a empresa abriu negociação com o sindicato, do qual resultou acordo coletivo de trabalho, no ano de 2009.

O SINCADE, por sua vez, foi responsável pela gestão da mão-de-obra dos trabalhadores avulsos que atendiam à demanda da Monsanto.

Todavia, a empresa sucessivamente foi sendo incluída no polo passivo de reclamações trabalhistas movidas pelos trabalhadores avulsos, que pleiteavam, em suma, o reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços.

Diante de reiteradas decisões que deram provimento ao pedido de reconhecimento de vínculo empregatício dos trabalhadores avulsos diretamente com a tomadora dos serviços, a empresa em questão optou por não mais se valer da mão-de-obra dos trabalhadores avulsos para operacionalizar sua demanda relacionada à movimentação de mercadoria.

Em substituição a esse modelo, firmou contrato de prestação de serviços com empresa especializada no segmento de logística, denominada Comfrio Soluções Logísticas S/A, cujo objeto era praticamente idêntico aos serviços desempenhados pelos trabalhadores avulsos que estavam sendo intermediados pelo sindicato.

Em virtude do “rompimento” indireto do acordo coletivo de trabalho, o sindicato resolveu por bem ingressar com ação declaratória com obrigação de fazer, tombada sob o nº 0011287-23.2017.5.18.0103, em face da Monsanto do Brasil LTDA.

Por meio da aludida ação, o sindicato pretende que seja declarado nulo o contrato de prestação de serviços entabulado entre a Monsanto e a Comfrio.

Em seus fundamentos, sustenta o sindicato que a empresa terceirizada contratada pela Monsanto para desempenhar as atividades que movimentação de mercadoria, ofereceu proposta de emprego aos trabalhadores avulsos, sendo que cerca de 50% desses trabalhadores aceitou a proposta.

Sob a ótica do sindicato, a terceirização em questão representou efetiva situação de precarização, isso porque os trabalhadores avulsos que foram contratados pela empresa terceirizada tiveram reduções salariais substanciais, que atingiram, em alguns casos, o percentual de 50% de prejuízo salarial.

Ainda de acordo com o entendimento do sindicato, o art. 3º da Lei nº 12.023/2009 dispõe que as atividades de movimentação de mercadoria somente

poderiam ser exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício, ou em regime de trabalho avulso nas empresas tomadoras de serviços, o que vinha sendo exercido prioristicamente pela Monsanto através do acordo coletivo de trabalho pactuado.

Sob esse fundamento, sustentou o sindicato que o contrato de prestação de serviços entabulado pela Monsanto e Comfrio, cujo objeto era a terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, seria ilegal, e, por consequência, nulo de pleno direito, pois supostamente violaria os artigos 1º e 3º da Lei nº 12.023/2009, bem como o artigo 7º, VI, da Constituição Federal.

Em sua defesa, a Monsanto sustentou que somente optou pela terceirização em virtude dos sucessivos casos em que foi condenada ao reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com os trabalhadores avulsos.

A empresa sustentou ainda que as diversas sentenças se pautavam no fato de que os trabalhadores avulsos, por não existir alternância na prestação dos serviços para outras empresas, mas tão somente para a Monsanto, reuniam concomitantemente os requisitos ensejadores do vínculo empregatício, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Em sua defesa, foi sustentado ainda que o sindicato, ao deixar de observar a alternância entre os trabalhadores avulsos, isto é, deixar de cumprir uma obrigação imposta pela própria Lei nº 12.023/2009, que como visto anteriormente, estabelece em seu artigo 5º, inciso I, que incumbe ao sindicato intermediador a divulgação das escalas de trabalho dos trabalhadores avulsos, com a observância do rodízio, o que não foi feito, e, por consequência, configurou a existência de habitualidade na prestação dos serviços.

Ademais, a empresa articulou ainda que a Lei nº 12.023/2009 não criou uma reserva de mercado destinada aos trabalhadores avulsos, como leva a crer o sindicato em sua petição inicial.

Clarificou a empresa que a lei em questão cuidou de retirar os trabalhadores avulsos da extrema situação de informalidade, apenas impondo que os “chapas” deveriam ter seus serviços intermediados pela respectiva entidade de classe da categoria.

No entendimento da empresa, ao estabelecer que a atividade de movimentação de mercadoria em geral seria exercida pelo trabalhador avulso, com vínculo empregatício ou com intermediação obrigatória do sindicato, a lei na verdade tratou de blindar o trabalhador avulso da contratação informal, na medida em que caso haja a intermediação por parte do sindicato, o trabalhador estaria resguardado.

Da mesma forma, a empresa teria a opção de contratar esse trabalhador avulso por prazo indeterminado, ocasião em que o trabalhador deixaria de ser avulso e passaria a ser empregado.

A empresa enfatizou ainda que a Lei nº 12.023/2009 cuida exclusivamente da regulamentação dos trabalhadores avulsos, e que o contrato de prestação de serviços foi firmado com empresa que tem empregados efetivos, por prazo indeterminado, e não de avulsos.

Por fim, em síntese, sustentou ainda a reclamada que a Lei nº 12.023/2009, acima de tudo, é inconstitucional porque viola frontalmente o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, tal como defende Vólia Bomfim Cassar, relembre-se:

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), pois o seu papel é de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso. Todavia após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada pela lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade. (CASSAR, 2015, p. 281)

Em virtude da matéria vertida nos autos da ação declaratória, o Ministério Público do Trabalho (MPT) integra a demanda como guardião da lei, *custos legis*.

Em parecer o MPT entendeu que a lei em questão não representa inconstitucionalidade ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, isso porque enquanto intermediador de mão-de-obra do trabalhador avulso, o sindicato é garantidor da concretização dos direitos desses trabalhadores.

Por sua vez, em sentença, interpretou que não obstante à Tese nº 725 do STF, estudada anteriormente, resultado do julgamento em conjunto da ADPF 324 e RE 958.252, em que se reconheceu a licitude de terceirização em todos os estágios produtivos da empresa, o cerne do caso concreto em exame reside especificamente

sobre a possibilidade de terceirização das atividades de movimentação de mercadorias abrangidas pela Lei nº 12.023/2009.

Todavia, interpretou o magistrado que o STF, no aludido julgamento, ponderou acerca da inexistência de precarização de mão de obra terceirizada, mormente porque a flexibilização tem como base a criação de emprego e a redução do custo da estruturação da tomadora de serviços, o que supostamente não ocorreu no caso concreto.

Sob a ótica do juízo de 1º grau, a diminuição dos salários, em relação aos trabalhadores avulsos que posteriormente foram contratados pela empresa terceirizada, representou efetivo prejuízo aos empregados, tornando ilícito o contrato entabulado, embora houvesse ressalva no cumprimento da Lei nº 12.023/2009 pelo sindicato, quando à rotatividade dos empregados prevista na lei.

Entendeu ainda que a ampliação das hipóteses de terceirização trazidas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, por se tratarem de legislações gerais, prevalece os regramentos abarcados na Lei nº 12.023/2009, que por sua vez é específica e regulamenta a matéria de modo pontual.

Com base nas razões supra, decidiu o magistrado que são procedentes em partes os pedidos formulados pelo sindicato, declarando a nulidade do contrato de terceirização dos serviços firmado entre a Monsanto e Comfrio.

Ainda, determinou o magistrado que a Monsanto do Brasil LTDA., deveria valer-se da contratação de trabalhadores avulsos para executar as atividades de movimentação de mercadoria, com o intermédio obrigatório do sindicato, o que supostamente estaria em sintonia com os artigos 2º e 3º da Lei nº 12.023/2009.

As empresas rés interpuseram recurso ordinário e foram apresentadas contrarrazões pelo sindicato, já houve, inclusive, sustentação oral pelos patronos da Monsanto, Comfrio e sindicato. O processo, todavia, foi retirado de pauta por pedido de vistas do desembargador revisor do caso.

Portanto, o ponto fulcral que viabiliza a terceirização de serviços relacionados à movimentação de mercadoria, é que ao contratar uma empresa especializada em serviços de logística, a empresa tomadora dos serviços não está contratando

trabalhadores avulsos de forma ilegal, pelo contrário, os empregados terceirizados, por assim dizer, são efetivamente empregados, sob o regime celetista!

Não se trata, portanto, de contratação de trabalhador avulso por empresa terceirizada. Caso fosse esse o caso, a contratação seria fraudulenta e ilegal, pois como visto amplamente, a Lei nº 12.023/2009 exige a intermediação obrigatória do sindicato.

Todavia, por interpretação do alcance da lei, tem-se que não existe reserva de mercado aos trabalhadores avulsos na atividade de serviços associados à movimentação de mercadoria.

Isso implica dizer que empresas de logísticas podem operacionalizar serviços na movimentação de mercadoria, desde que o façam através da contratação de empregados com vínculo de origem bilateral, modelo clássico estabelecido na CLT, consagrado nos artigos 2º e 3º da CLT.

A conotação da Lei nº 12.023/2009, como ponderado anteriormente, deve ser apreciada em conjunto ao histórico que envolve a regulamentação do trabalhador avulso, popularmente conhecido como “chapa”.

Os trabalhadores em questão ofereciam seus serviços literalmente às margens das rodovias, em total situação de desamparo. E diante desse clamor por proteção, foi editada a Lei nº 12.023, com viés de retirar da informalidade a classe dos trabalhadores avulsos, o que foi materializado com a imperiosidade do intermédio do sindicato.

Escusas à repetição, não se verifica na lei qualquer artigo que leve a crer que as atividades de movimentação de mercadoria somente podem ser realizadas pelos trabalhadores avulsos.

Some-se ainda ao fato de que a Excelsa Corte sedimentou a possibilidade de terceirização em qualquer setor da empresa, em qualquer segmento econômico.

É certo que a legislação especial deve necessariamente sobrepor-se à legislação geral, isso implicaria dizer que a Lei nº 12.023/2009 prepondera em relação à própria CLT. De fato, há sobreposição harmônica.

Lado outro, não há qualquer disposição na Lei nº 12.023/2009 que vede a execução de serviços na movimentação de mercadoria por empresa terceirizada.

O teor da lei, em verdade, é de que quando a empresa optar pela prestação de serviços de trabalhador avulso, deverá fazê-lo por intermédio da entidade de classe, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O termo “quando” é fundamental nessa análise. Isso demonstra que existem outras possibilidades.

Essas possibilidades seriam: a contratação de empregado com vínculo por prazo indeterminado, nos moldes de contratação bilateral clássica; e a contratação de empresa terceirizada especializada no segmento, desde que essa também contrate empregados sob o regime celetista.

Nessa última hipótese, não há que se falar em contratação ilegal de trabalhador avulso, justamente porque a empresa terceirizada não utiliza trabalhadores avulsos, mas sim empregados regidos pela CLT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado realmente é complexo, principalmente em virtude das alterações na legislação que ocorreram ao longo dos anos. Não se pode perder de vista que a mudança na jurisprudência, em que pese ter sido reconhecida a repercussão geral à Tese nº 725 do Supremo Tribunal Federal, ainda não houve uniformização jurisprudencial no âmbito da justiça do trabalho.

Como abordado amplamente, os trabalhadores avulsos, principalmente os não portuários, que desempenham as atividades perfilhadas na Lei nº 12.023/2009, anteriormente à sua vigência, encontravam-se em situação de total desamparo e vulnerabilidade.

A lei, portanto, teve o escopo principal de proteger essa classe de trabalhadores. Por intermédio da Lei nº 12.023/2009, ainda que muito se discuta sobre a sua constitucionalidade, o legislador incluiu o sindicato na relação entre empresa tomadora dos serviços e trabalhador avulso, numa verdadeira posição de garantidor

dos direitos sociais básicos assegurados na Constituição Federal e na legislação específica.

Com efeito, foi louvável a intuição do legislador ao trazer o sindicato como figura intermediadora na contratação do trabalhador avulso na movimentação de mercadoria, todavia, por mais minuciosa que seja feita a análise no tocante às disposições legais constantes na Lei nº 12.023/2009, com a devida vênia aos entendimentos dissidentes, não se verifica qualquer justificativa plausível que impeça que as atividades de movimentação de mercadoria também sejam exercidas por intermédio de empresa terceirizada.

Como dito, tem-se que a Lei nº 12.023/2009 tratou de resguardar os direitos básicos dos trabalhadores avulsos, todavia, em momento algum criou uma reserva de mercado para essa classe de trabalhadores.

Não já fossem suficientes esses elementos, há de se ponderar ainda que, como visto enfaticamente, a terceirização é um fenômeno que surge dentro do plano da administração de empresas, sendo uma técnica adotada amplamente não só no Brasil como no mundo inteiro.

No mais, a legislação atual caminha no inexorável sentido da flexibilização da terceirização, colocando de lado conceitos jurídicos vagos e, hoje, obsoletos, o que ganhou força significativamente em virtude da modernização das formas de produção e das relações de trabalho, o que torna cada vez mais necessária a flexibilização dos entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria.

De mais a mais, não se pode perder de vista que o Direito é um instrumento de pacificação social, e, especificamente no que diz respeito à matéria vertida no presente estudo, deve garantir de forma harmônica a preservação do pleno emprego, de salários dignos e a quantidade máxima de benefícios comportadas pela economia.

A terceirização da atividade de movimentação de mercadoria, portanto, mostra-se mais do que importante, e sim necessária, legítima e lícita.

REFERÊNCIAS

- Brasil. 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil, de 6 de outubro de 1988. *Planalto*. [Online] 6 de outubro de 1988. [Citado em: 11 de setembro de 2018.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- **1943.** Decreto lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Planalto*. [Online] 1 de maio de 1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.
- **2009.** Lei nº 12.023, de 27 de agosto de 2009. *Planalto*. [Online] 27 de agosto de 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12023.htm
- **2013.** Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. *Planalto*. [Online] 5 de junho de 2013. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm
- **2017.** Lei 13.429, de 31 de março de 2017. *Planalto*. [Online] 31 de março de 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm.
- **1974.** Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. *Planalto*. [Online] 3 de janeiro de 1974. [Citado em: 16 de agosto de 2019.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm.
- **1983.** Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. *Planalto*. [Online] 20 de junho de 1983. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm
- **1991.** Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Planalto*. [Online] 24 de julho de 1991. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm
- **1993.** Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. *Planalto*. [Online] 25 de fevereiro de 1993. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm
- **1998.** Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998. *Planalto*. [Online] 27 de novembro de 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9719.htm
- Cassar, Vólia Bomfim. 2015.** *Direito do Trabalho*. 11. Rio de Janeiro : Método, 2015
- Delgado, Maurício Godinho. 2004.** *Curso de Direito do Trabalho*. 3. São Paulo : Ltr, 2004.
- Delgado, Maurício Godinho. 2015.** *Curso de Direito do Trabalho*. 14. São Paulo : Ltr, 2015.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. 1986.** *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. 2012.** *Curso de Direito do Trabalho*. 6. Rio de Janeiro : Forense, 2012.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. 2012.** *Curso de Direito do Trabalho*. 6. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

Houaiss, Antônio. 2001. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2001.

Junior, José Cairo. 2017. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. Salvador : JusPodivm, 2017.

Leite, Carlos Henrique Bezerra. 2019. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. São Paulo : Saraiva, 2019.

Martins, Sérgio Pinto. 2016. *Direito do Trabalho*. 32. São Paulo : Saraiva, 2016.

Magano, Otávio Bueno. 1992. *Manual de Direito do Trabalho*. 3. São Paulo : LTr, 1992.

Manus, Pedro Paulo Teixeira. 2015. *Direito do Trabalho*. 16. São Paulo : Atlas, 2016.

Nascimento, Amauri Mascaro. 2012. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. São Paulo : Saraiva, 1999.

Neto, Francisco Ferreira Jorge; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. 2017. *Manual de Direito do Trabalho*. 4. São Paulo : Atlas, 2017.

Saad, Eduardo Gabriel; Saad, José Eduardo Duarte; Branco, Ana Maria Saad Castelo. 2004. *CLT comentada*. São Paulo : LTr, 2004.

Silva, Otávio Pinto e. 2004. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo : LTr, 2004.

Silva, Homero Batista Mateus. 2017. *Comentários à Reforma Trabalhista - Análise da Lei 13.467/2017*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.