



NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA NA TERCEIRIZAÇÃO

Carlos Eduardo Oliveira Dias¹

Resumo: No presente texto apresentamos algumas considerações a respeito das repercussões das novas regulações da terceirização pela Lei n. 6.109 e pelas interpretações jurisdicionais do STF, mais especificamente sobre os contornos da responsabilidade trabalhista à luz dessas novas vertentes. O novo tratamento normativo consagra a possibilidade de reconhecimento de outras relações jurídicas interempresariais, para muito além daquilo que constava dos limites estreitos da Súmula 331, do TST, permitindo o enquadramento no conceito de “terceirização” de várias formas de divisão do trabalho, inclusive aquelas em que a transferência dos serviços faz com que sejam executados externamente. Por outro lado, a decisão vinculante do STF, se de um lado ampliou as hipóteses de terceirização, de outra parte reafirmou a responsabilidade subsidiária do beneficiário do trabalho, independentemente da forma de divisão do trabalho entre as empresas.

81

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade Trabalhista. Intermediação de Mão de obra.

1 INTRODUÇÃO

A disseminação da terceirização como modelo produtivo, havida desde a introdução da influência das teses de reorganização estrutural nas empresas, atingiu em cheio os processos judiciais trabalhistas. Especialmente após a edição da súmula 331, pelo TST, que mudou a orientação restritiva anterior, houve uma ampliação gradual e

¹Juiz Titular da 1a. VT de Campinas. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP e Pós-Doutor pela Universidade de Córdoba (Argentina). Pesquisador em nível de pós-doutoramento no Instituto de Economia da UNICAMP. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017); Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (2018-2020) e Juiz Auxiliar da Vice-Corregedoria Regional do TRT da 15ª Região (2020-2022). Professor em cursos de pós-graduação e autor de diversas obras jurídicas.

significativa na adoção desse método de exploração do trabalho, como toda a carga de negatividade que encerra, mormente por ser capaz de produzir desigualdade e precariedade.

O critério adotado pela súmula na definição de licitude ou ilicitude da terceirização foi o que disciplinou o tema até a aprovação da Lei n. 13.429, de 2017 e da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252. Tirante as situações nas quais se invocava a contratação fraudulenta, postulando-se o reconhecimento direto da relação empregatícia com o tomador de serviços – o que foi sepultado pelo texto normativo e pela decisão retro citadas –, os aspectos mais marcantes envolviam a responsabilização do contratante: desde a discussão sobre sua natureza (se solidária ou subsidiária) até mesmo o correspondente alcance.

Para além da natureza dessa responsabilidade – e da sua própria juridicidade, porquanto o reconhecimento legal só ocorreu em período recente – a decisão proferida pelo STF nos permite traçar novas linhas definidoras dessa questão no plano da responsabilidade trabalhista do tomador de serviços.

Antes de adentrarmos a este tópico, no entanto, vale ponderar que a terceirização brasileira assumiu um papel adicional, que acabou se tornando o protagonista: uma forma de retirar o trabalhador do sistema de proteção construído no início do século XX e que é considerado, por aqueles que advogam um pensamento mais voltado ao liberalismo, excessivamente intervencionista e capaz de comprometer a produtividade e a competitividade das empresas².

Dessa maneira, desde que começou a ser desenvolvido, ele se torna um dos instrumentos de desqualificação da mão de obra com vistas a suprimir ou, ao menos, reduzir o impacto de abrangência do sistema de proteção do trabalho. Em outras palavras, tornou-se instrumento de

² Nesse sentido, a lição de Márcio Pochmann: “*O movimento de terceirização dos contratos de mão-de-obra pelas empresas no Brasil atendeu ao objetivo maior de assegurar a sua própria sobrevivência num contexto demarcado pela ampliação da competição intercapitalista desregulada e vinculada à inserção subordinada e passiva da economia nacional à globalização.*” *Debates contemporâneos, economia social e do trabalho: a superterceirização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 54).

precarização, e não apenas em um modelo produtivo voltado ao incentivo da especialização³.

A despeito disso, o tema não mereceu regulação própria por parte do legislador. Tirante alguns dispositivos tópicos⁴, não foi construída uma legislação para abarcar esse fenômeno econômico e suas repercussões no Direito do Trabalho. Todavia, com os permissivos legais pontuais e na onda de desconstrução já assinalada, a terceirização passou a ser intensamente praticada, ocasionando constantes provocações ao Poder Judiciário para enfrentar o tema, à luz do sistema em vigor. Nesse sentido, ainda nos anos 1980, o Tribunal Superior do Trabalho, exercendo seu papel uniformizador da jurisprudência, estabeleceu limites severos à interposição de mão-de-obra, consolidando seu entendimento no Enunciado 256, que somente a admitia nos casos especificados em leis vigentes à época⁵.

No início dos anos 1990, no entanto, o TST revisou sua jurisprudência, devidamente influenciado pelo perfil de sua composição⁶ e pela incisiva inflexão do pensamento econômico hegemônico, que atuava incisivamente em favor da ampliação das hipóteses de terceirização. Assim,

³ É o que Ricardo Antunes chama de “subproletarização do trabalho”, “presente nas formas de trabalho precário, parcial, temporário, subcontratado, ‘terceirizado’, vinculados à ‘economia informal’, entre tantas modalidades existentes.” *op cit.*, p. 52.

⁴ Nesse sentido, os dispositivos legais que, de alguma maneira, tratam da interposição de mão-de-obra são: a) CLT – art. 455; art. 442, par. 2º. (L. 8949/94) – Cooperativas de trabalho; art. 652, a, III; b) DL 200/67 – Administração Pública, Art. 10, par. 7º – Tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; c) Lei n. 5645/70 – Atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras (preferência); d) Lei n. 6.019/74 – Trabalho temporário; e) Lei n. 7.102/83 – Segurança e transporte de valores para estabelecimentos financeiros; f) Lei n. 8987/95 (art. 25) – Concessão e permissão dos serviços públicos; g) Lei n. 9472/97 (art. 94) – Lei das telecomunicações; h) Decreto 2271/1997 (art. 1º) – Atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares (Administração Pública).

⁵ Nesse sentido, é relevante a leitura feita por Noêmia Porto, no estudo dos precedentes que levaram à construção do Enunciado 256. Para a autora, o TST reforçou “a temática do princípio da legalidade estrita, porquanto o contrato celebrado com o empregado não poderia subsistir à falta de lei dispondo diretamente sobre tal possibilidade. (...) A intermediação, sem reconhecimento do vínculo direto com a tomadora, representaria, assim, uma afronta à Constituição e aos termos do art. 9º. da CLT.” PORTO, Noêmia, *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*, São Paulo: LTr, 2013, p. 52.

⁶ A qual incluía, à época, a chamada representação classista, suprimida pela Emenda Constitucional 24/99.

“uma interpretação extensiva – ou heterodoxa da não eventualidade – admitiu como conforme ao direito a exteriorização da atividade-meio realizada na empresa, desde que sem pessoalidade ou subordinação.”⁷ Com isso, a jurisprudência consolidada passou a admitir a interposição de mão de obra, para além das hipóteses previstas em lei, estendendo sua licitude a todas as situações que não envolvessem a essência econômica da atividade empresarial⁸.

Nesse contexto, apesar dos esforços da jurisprudência trabalhista de tentar estabelecer contornos mais precisos para a adoção da terceirização, o critério jurisprudencial não foi suficiente para eliminar os problemas decorrentes dessa mutação conceitual. Com efeito, além das situações contempladas na legislação específica⁹, foram consideradas lícitas as práticas de interposição de mão de obra nos serviços de conservação e limpeza, além de outros ligados a serviços especializados¹⁰. De outra parte, seriam ilícitas todas as situações de interposição envolvendo serviço não especializado e que contasse com pessoalidade e subordinação direta¹¹.

84

A partir dos ditames lavrados na jurisprudência, todo o embate subsequente passou a envolver o preenchimento dos conceitos indeterminados estabelecidos na súmula, e que seriam definidores não apenas da natureza da interposição – se lícita ou ilícita – como também de seus efeitos – reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviços ou sua responsabilidade subsidiária. O passo seguinte na evolução jurisprudencial foi o de estabelecer o que poderia ser considerado atividade-fim e o que seria atividade-meio. Por certo que as forças econômicas acentuaram o discurso da especialidade, e procuraram emplacar interpretações cada vez

⁷ Silva, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo, *op. cit.*, p. 65.

⁸ Essa alteração se deu com a Súmula 331 (1993), que revogou a que lhe antecedia.

⁹ Que são o trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e o prestado em Serviços de Vigilância (Lei n. 7.102/70).

¹⁰ O que poderia ser traduzido como “atividade-meio”, envolvendo funções e tarefas que não compõem a dinâmica empresarial e não definem sua essência, ou seja, que podem ser consideradas atividades periféricas no complexo produtivo.

¹¹ Dentro da lógica da chamada atividade-fim podem ser inseridas funções e tarefas que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial, vale dizer as atividades nucleares e definidoras da essência econômica da empresa.

mais extensivas ao conceito de atividade-meio, com a finalidade de ampliar as hipóteses de terceirização, sendo devidamente sufragadas pela existência de leis destinadas a segmentos específicos¹².

Mas as dificuldades nesse sentido foram latentes. Afinal, mesmo diante dos parâmetros estipulados pela Súmula 331, há naturais dificuldades de preenchimento desse conceito, que tendem a variar de acordo com o modelo produtivo adotado. Aquilo que é nitidamente periférico em determinadas atividades pode ser da essencialidade do exercício econômico de outras. De outra parte, o paradigma jurisprudencial também se mostrou insuficiente ao qualificar a existência da pessoalidade e da subordinação direta como elementos caracterizadores da terceirização ilícita, sem levar em conta as dimensões contemporâneas desses conceitos.

Com efeito, a descentralização produtiva dos processos de trabalho leva, de maneira inevitável, à pulverização das relações econômicas, que nem sempre se amoldam à configuração clássica estabelecida para esses elementos de configuração do contrato de trabalho. Bem por isso a doutrina tem cuidado de renovar conceitos estruturantes como esse, a fim de “melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho”, atenuando “o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços.”¹³ Daí porque a subordinação objetiva – ou direta, nos dizeres sumulares – deveria ser readequada para se considerá-la ao plano estrutural¹⁴, muito mais condizente com os modelos

¹² Como foi o caso das Leis 8.897/95 e 9.472/97, respectivamente tratando dos setores de energia elétrica e de telecomunicações. Não é casual que essas leis foram elaboradas para atender à demanda específica do poder econômico representado por esses setores, que foram privatizados no decorrer dos anos 1990, e entregues a grandes corporações, inclusive de capital internacional, extremamente interessadas no máximo aproveitamento do mercado deixado pelas empresas públicas que antes exerciam essas atividades. O “pacote”, formado no contexto da hegemonia neoliberal, envolvia a desconstrução do primado do trabalho nesses setores produtivos.

¹³ Cf. Delgado, Mauricio Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. In SILVA, Alessandro da, et al. ii (coord.) *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 86.

¹⁴ Subordinação estrutural é aquela “que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.” Idem.

produtivos contemporâneos, o que, naturalmente, trazia um novo corte conceitual à própria licitude da terceirização.

Além disso, a solução jurisprudencial não solucionou um problema que, embora seja aparentemente simples, produz efeitos dos mais complexos. Trata-se da distinção entre as modalidades interna e externa de terceirização. Com efeito, o fenômeno da terceirização contemporânea surge exatamente com o processo de externalização de parte da atividade produtiva de uma empresa para outra, a quem fica incumbida a realização da produção específica de certas etapas do processo. Todavia, o regramento sumular foi enfatizado sobre as formas internas de terceirização, classicamente configurado pela já enunciada “locação de mão de obra”¹⁵. Esse enquadramento contribuiu para a formulação de um juízo superficial no sentido de que só poderia ser considerada uma forma de terceirização a prática voltada à internalização do processo, desqualificando-se as formas externas desse contexto. O resultado imediato desse processo é o não-reconhecimento dessas práticas como inseridas nos ditames jurisprudenciais, ora afastando o debate sobre a ilicitude – e, naturalmente, impedindo o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços – ora afastando a própria responsabilidade subsidiária¹⁶.

O efeito imediato disso é que o critério jurisprudencial não impediu efetivamente a terceirização de atividades nucleares ao processo produtivo, como as de supervisão, organização, logística, gerência e inspeção de qualidade, em um processo que Márcio Pochmann nomina

¹⁵ Não por outro motivo, as figuras de licitude descritas na súmula são exatamente aquelas que se configuram dessa maneira.

¹⁶ Essa, a nosso ver, a maior distorção oferecida por essa visão equivocada da terceirização, segundo o modelo firmado classicamente. A partir dessa lógica simplificadora – que tende a reconhecer os efeitos jurídicos de determinado fenômeno apenas se ajustá-lo de modo específico ao modelo sumular previamente afirmado – deixa de se assimilar os conceitos estruturantes que justificam a própria existência do Direito do Trabalho. Um dos exemplos mais gritantes dessa desqualificação está no tratamento que a jurisprudência vem conferindo aos chamados “contratos de façção”, usados pela indústria têxtil para transferir etapas de sua produção para empresas ou pessoas naturais. A despeito de ser típica terceirização externa, a jurisprudência trabalhista, inclusive do TST, vem negando o reconhecimento desse enquadramento a esse tipo de contrato, inclusive para negar a responsabilidade subsidiária da indústria. Nesse sentido, vide relevante trabalho de Krost, Oscar, citado na bibliografia.

“superterceirização”¹⁷. Ao contrário do que supunha, portanto, o corte de licitude feito pela jurisprudência não foi capaz de minimizar as práticas irregulares de terceirização, que foram, do contrário, intensificadas¹⁸.

A jurisprudência, no entanto, também sofreu um processo de mutação, ainda que sem alterações substanciais no texto da súmula 331. A nova configuração do Tribunal Superior do Trabalho enrijeceu a interpretação desses conceitos, procurando deixá-los adstritos àquilo que se pode extrair da aplicação potencial dos princípios do Direito do Trabalho¹⁹.

O fato é que essa conformação acabou produzindo um efeito dúplice: os detratores de toda e qualquer modalidade de terceirização criticavam a posição consolidada pelo TST sob o argumento de que ela abre uma relevante concessão na relação empregatícia típica. Ao lado disso, critica-se, com frequência, o fato de não ter o TST reconhecido a responsabilidade solidária do tomador de serviços, nos casos de interposição lícita de mão de obra, atribuindo-lhe apenas a responsabilidade subsidiária.

Por outro lado, os defensores da amplitude da terceirização sustentavam que as interpretações da Corte Superior Trabalhista foram rigorosas demais com o instituto, contribuindo para o engessamento das estruturas empresariais. Questionam, ainda, a mesma responsabilidade subsidiária, sustentando que ela afronta a livre iniciativa, a supremacia dos contratos entre as partes e que, de resto, seria inconstitucional por atribuir uma obrigação aos tomadores que não é prevista em lei.

¹⁷ A expressão superterceirização de mão de obra é usada por Pochmann para tratar da terceirização realizada sobre atividades essenciais ao funcionamento da cadeia de produção, como as tarefas voltadas à própria produção, a vendas, organização, supervisão, gerência, dentre outras. *op cit.*, p. 53.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Nesse sentido cita-se, por exemplo, as decisões da SDI-1, do TST, nos processos E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, de relatoria do Min. Vieira de Mello Filho e E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, relatado pela Min. Maria Calsing, que interpretaram que as diretrizes legais relativas à terceirização nos serviços de energia elétrica e telecomunicações tinham aplicação restrita ao âmbito administrativo, não produzindo amplos efeitos para fins juslaborais. Na mesma esteira, no julgamento do processo RR-2006-11.2013.5.03.0003, de relatoria do Min. Freire Pimenta, o TST reconheceu que as atividades de *call center* não poderiam ser consideradas como atividade-meio, pontuando a ilicitude da terceirização nesse segmento.

Esse movimento detonou grande reação do poder econômico aos freios que a jurisprudência trabalhista tem oferecido à interposição de mão-de-obra – ainda que, repita-se, a alteração sumular de 1993 tenha sido bem mais generosa com o instituto do que a que antecedeu. Não se pode negar, no entanto, que o TST procurou construções interpretativas tendentes a minimizar os efeitos deletérios da terceirização desenfreada, a ponto de realizar, em outubro de 2011, a primeira audiência pública de sua história, para debater amplamente este tema.²⁰ O engajamento se mostrou necessário já que, na ocasião, somente naquela Corte havia cerca de 5 mil processos em tramitação relativamente ao assunto.

Ao cabo desse processo de discussão sobre os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, chegou à apreciação do TST uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho e por um sindicato profissional, na qual havia sido condenada uma empresa a se abster de contratar terceiros para sua atividade-fim e, ainda, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, condenação que foi mantida pela Corte trabalhista²¹.

88

O processo foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713.211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual daquela Corte²². Por outro lado, na análise do ARE 791.932, relativamente à situação na qual se discute a terceirização em atividades de *call center*, o Ministro Teori Zavascki determinou o “*sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso, sem prejuízo de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas*”.

²⁰ A audiência foi realizada nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, e envolveu cinquenta exposições feitas por especialistas, acadêmicos e representantes sindicais, a fim de esclarecer questões de fato, sobre os múltiplos aspectos envolvidos na terceirização. O material da audiência encontra-se disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/home>.

²¹ A ação foi ajuizada após a atuação da fiscalização do trabalho em unidades da empresa Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra), no interior mineiro, na qual foram verificados contratos de prestação de serviços, com onze empresas terceirizadas, para atendimento das necessidades de manejo florestal, vinculadas à atividade-fim dela (plantio, corte e transporte de madeira), envolvendo mais de 3.700 trabalhadores, em condições precárias de trabalho. A condenação em primeiro grau foi mantida pelo TRT de Minas Gerais e, posteriormente, pelo TST.

²² Julgamento em maio de 2014. Relator Min. Luiz Fux.

A par da discussão sobre o caráter transcendente ou não dessa questão, a disposição da classe empresarial de levar o debate ao Supremo Tribunal Federal evidenciou o firme propósito de buscar a ampliação jurisprudencial das hipóteses e possibilidades de terceirização, que fora gradualmente modulada pelo TST nos últimos anos, de modo a criar um modelo que, se não está indene de críticas, ao menos tem sofridos limitações razoavelmente civilizatórias. E o fez, sintomaticamente, a partir de casos em que se evidencia um notório desprestígio ao sistema de proteção das relações de trabalho, acentuando a percepção de que a terceirização brasileira é, substancialmente, voltada à precarização do trabalho²³.

Antes do julgamento definitivo desta ação, e no contexto da chamada “reforma trabalhista”, a terceirização veio a ser regulamentada mediante o enxerto, na Lei n. 6.019 (que regulava apenas o trabalho temporário), mediante a inserção de dispositivos promovida por duas leis: 13.429 e 13.467. É por demais sabido que essa “reforma” foi produzida com a intenção deliberada de promover a precarização das relações de trabalho, expandindo formas flexíveis de labor e suprimindo uma série de direitos.

Não por outro motivo, a lei que passou a regular o tema simplesmente universalizou as possibilidades de interposição de mão de obra, tornando “lícita” toda e qualquer espécie de terceirização. Esses dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada no STF mas, como era de se esperar, a norma foi convalidada por 7 votos a 4, com a rejeição de todas as ADIs que versavam sobre o tema²⁴. A decisão não surpreendeu porque, em agosto de 2018, por idêntica votação, o STF decidiu pela constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive das atividades-fim. O julgamento de dois processos – ADPF 324 e RE 958.252 – sobre o tema foi finalizado após cinco sessões e acabou por prevalecer o entendimento já expresso pelos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux²⁵.

²³ Ficando apenas nos dois casos citados, além das condições de trabalho precário apuradas no processo que deu origem ao ARE 713.211, tem-se o enfrentamento da terceirização em atividades de *call center*, notoriamente conhecida nas cortes trabalhistas pela prática ostensivas de condutas assediadas, como as limitações ao uso de banheiro, imposição de metas agressivas de produtividade e tratamento rigoroso dos superiores hierárquicos.

²⁴ ADIs 5.735, 5.695, 5.687, 5.686 e 5.685, julgadas em junho de 2020.

²⁵ Segundo Barroso, as restrições que vêm sendo impostas pela Justiça do Trabalho à terceirização

Em conjunto com as alterações da Lei n. 6.019, as decisões sepultaram por completo a questão da licitude ou não da interposição de mão de obra, em um franco retrocesso social, ao admitir uma modalidade excepcional de obtenção de trabalho como sendo uma regra substancial, reprimando a sua mercantilização, já repudiada pela OIT desde 1919.

No entanto, ao proclamar a tese balizadora da sua interpretação vinculante – e que naturalmente, se espraiava para as relações firmadas na vigência da lei –, o STF assim definiu: “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.*”

Se, de um lado, a interpretação favorece a precarização do trabalho, os elementos trazidos pelo enunciado do Supremo resolve de vez outro problema, de grande magnitude: as dimensões da responsabilidade do tomador de serviços. Com efeito, o uso das regras normativas tanto da CLT (art. 455) como do Código Civil (arts. 927 e 942, par. único) já conferia plena legitimidade para se assentar a responsabilidade solidária do tomador de serviços pelos danos causados ao trabalhador, em razão do desrespeito aos seus direitos trabalhistas. Mas o texto da lei (art. 5º-A, par. 5º) afastou essa possibilidade, bem como a já citada decisão vinculante do STF, assinalando a ocorrência da responsabilidade *subsidiária*, ou seja, de natureza sucessiva em relação ao devedor originário. Dito de outro modo, um tipo de responsabilidade que, contrariando a lógica, só alcança o co-responsável se o causador principal do dano não satisfizer a obrigação.

Todavia, a tese manifestada pelo STF dispensa as discussões pretéritas sobre o devido enquadramento ou não da relação empresarial no *status* da terceirização como pressuposto para a responsabilização do tomador. Em outras palavras, a jurisprudência trabalhista vinha sendo construída no sentido de se afastar qualquer responsabilidade do tomador de serviços em casos nos quais, segundo o entendimento do tribunal, não haveria a configuração da terceirização, nos moldes da Súmula 331 ou da

violam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica. Na mesma linha, o ministro Luiz Fux afirmou que a súmula 331 do TST, que veda a terceirização nas atividades-fim, é uma intervenção imotivada na liberdade jurídica de contratar sem restrição.

Lei n. 6.019. Vale dizer, se no juízo dos julgadores a relação interempresarial não se enquadra como terceirização, o beneficiário do trabalho não tem qualquer responsabilidade pelo contrato.

Dois exemplos significativos são extraídos da jurisprudência recente do TST. No primeiro deles, a 5ª Turma excluiu a responsabilidade subsidiária de empresa pelas obrigações trabalhistas devidas a empregado de microempresa que, em contrato de facção, “vendia” parte da sua produção para aquela. A decisão foi proferida no processo TST-RR-20330-42.2014.5.04.0373, publicada em 20.11.2020. Para o TST, o contrato de facção é um contrato civil, na área industrial e de natureza híbrida, o que afastaria a responsabilidade subsidiária, principalmente quando evidenciada a *ausência de exclusividade ou ingerência na administração da prestação de serviço*. Em seu voto, o relator assinalou que “o contrato regular de facção não impõe à empresa contratante as consequências jurídicas de um contrato de terceirização, porque ali o objeto da avença é a compra de parte da produção do empregador, e não a locação de suas instalações e força de trabalho”. Apontou também que o desvirtuamento deste tipo de contratação “*existe quando, em lugar de uma aquisição de parte da produção da empresa parceira, o que existe é a simples locação de suas instalações e corpo laboral, com exclusividade e com a atribuição direta da direção dos trabalhos pelo contratante, algo que não foi demonstrado no caso dos autos*”. Essa decisão segue a mesma linha de outros tantos julgados, inclusive de outras turmas do TST, como os processos TST-RR-650-05.2017.5.21.0014, (Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma); TST-RR-20123-13.2014.5.04.0383 (Rel. Min. Breno Medeiros, 5ª Turma); TST-RR-999-11.2013.5.04.0373 (Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma); TST-RR-20127-50.2014.5.04.038 (Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 4ª Turma) e TST-RR-127200-60.2009.5.04.0382 (Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma).

O outro caso se relaciona ao transporte de cargas. Em fevereiro de 2021, a 4ª Turma do TST manteve decisão que negou o reconhecimento de terceirização no caso de um motorista carreteiro de uma empresa de logística, que pretendia a responsabilização de empresa para quem prestava serviços de transporte de cargas, por parcelas trabalhistas devidas pela empregadora. Para a Turma, o contrato de natureza civil entre as duas empresas não se enquadra na configuração jurídica de terceirização de serviços. O tribunal de origem

entendeu que a relação entre as empresas não envolve terceirização, mas contrato de transporte de mercadorias, regulado pela Lei n. 11.442/2007. Com isso, afastou a aplicação de entendimentos do TST e do STF sobre a responsabilidade do tomador de serviços. Segundo o TRT, nessa situação, em que a empresa contratante não é do ramo de transporte e em que não é detectada nenhuma fraude no pactuado, não surge a figura do tomador dos serviços, pois não há pessoalidade na prestação.

No recurso de revista do motorista, o relator apontou que a exploração da atividade econômica de transporte de mercadorias era feita pela empregadora do motorista, que assumia os riscos da atividade econômica e seus lucros, sendo que a tomadora não explorava essa atividade, não era beneficiária direta do trabalho de motorista carreteiro e não praticava ingerência na atividade de transporte. Na mesma linha, afirmou que a atividade empresarial atua em rede, por meio de várias formas contratuais, sendo que terceirização é uma das formas de relações empresariais, caracterizada pela intermediação de mão de obra pela prestadora de serviços a terceiros. No entanto, afirmou que não era esse o caso, pois a tomadora entregaria suas mercadorias para quem se apresentasse como empregado da contratada, situação diversa de terceirização de serviço. Essa interpretação também é recorrente nos julgados do TST, em várias das suas turmas julgadoras.

Em primeiro lugar, entendemos que faltam elementos mais consistentes nesse tipo de argumentação, que simplesmente afasta situações como as destacadas do enquadramento como terceirização. Com efeito, esse entendimento contraria os ditames da própria lei que regula o tema, para quem “*considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução*” (art. 4º-A, da Lei n. 6.109). A conjugação desses elementos revela que a terceirização compreende toda forma de *transferência do processo produtivo*, de modo *total ou parcial*, para a *execução por outra empresa*. Desde que determinado elemento integre a unidade produtiva de uma empresa, toda vez que ela transfere sua execução para outra²⁶, isso pode ser enquadrado como terceirização,

²⁶ A referência legal, como se nota, exige que apenas pessoas jurídicas podem ser contratadas nessa modalidade de contrato.

repita-se, segundo a própria norma, que nem sequer exige a integração física do trabalhador, podendo se conformar na modalidade externa²⁷. Nos dois casos usados como paradigmas, é exatamente isso que ocorre: a titular do processo produtivo transfere parte dele para outra empresa, que contrata empregados para a consecução dessas tarefas. Note-se que a lei não exige, como mencionado em vários julgados similares, que haja a personalidade do trabalhador, fixando-se somente no contexto da relação entre as empresas. Nem tampouco determina que haja “ingerência” do tomador no trabalho ou, ainda, que o ramo de atividade de ambas as empresas seja o mesmo.

Além disso, existem outros equívocos conceituais que expõem essas interpretações a contradições insuperáveis. Com efeito, as decisões procuram se afastar da perspectiva da terceirização pontuando sempre a existência de uma “relação civil” entre as empresas, como se a relação existente em uma terceirização “típica”²⁸ tivesse outra natureza. Ora, qual seria o tipo de contrato entre a tomadora e a prestadora de serviços, nos termos da Lei n. 6.109, senão um contrato civil? E, sendo um contrato civil, o que isso afeta as relações trabalhistas inerentes à sua execução? Rigorosamente, nada. Todos sabemos que são duas relações jurídicas distintas: aquela entre as empresas, cujo objeto é a divisão do trabalho (*rectius*, atividade produtiva) e que tem caráter civil e outra, de cunho trabalhista, entre a empregadora e o empregado.

Isso, como dito, não tem nenhuma influência na conformação das obrigações perante o trabalhador, seja por uma ou por outra empresa, inclusive pelo que reza o próprio Código Civil. O argumento usado para afastar a responsabilização do tomador tem como pressuposto de que um contrato civil teria a capacidade de imunizar uma das partes em relação a obrigações contra terceiros, quando, na realidade, o texto legal determina a responsabilidade solidária de todos! Na verdade, se fosse para preservar a coerência lógica, a existência de um contrato civil entre as empresas deveria sempre fazer incidir o disposto nos arts. 927 e 942, par. único, do CC.

²⁷ Chamamos de externa a terceirização na qual o trabalhador presta serviços fora do estabelecimento do tomador, como é autorizado expressamente pela lei. (§2º do art. 5º-A “Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes”).

²⁸ Ou seja, aquela terceirização moldada nos paradigmas da Súmula 331, no modelo clássico de interposição de mão de obra.

Esses exercícios retóricos foram usados de forma recorrente para afastar o singular enquadramento de diversas relações interempresariais do “modelo 331”, conforme esquadrihado pelo TST, mas qualquer exame mais denso das relações produtivas indicam que não existe diferença substancial entre a terceirização típica e outras modalidades de contratação de divisão de atividades produtivas. Todas elas são derivações da descentralização produtiva, característica dos processos de trabalho que sucederam ao clássico fordismo. Um exemplo latente, aliás, é o das próprias montadoras de veículos, que inclusive batizaram as principais tendências em termos de processos de trabalho. Se, na origem, o formato da produção concentrava todas as fases em só uma unidade produtiva, o advento do toyotismo fragmentou esse processo, descentralizando a construção dos produtos mediante a transferência de parcelas de sua atividade originária para outras empresas, inclusive com realização dos serviços fora do estabelecimento originário²⁹.

94

Ainda que prestando serviços externamente, os trabalhadores dessas empresas são verdadeiramente terceirizados, pois o que houve, no caso, foi a transferência da execução de parte das atividades da empresa originária para outra, nos exatos termos da lei, antes citada. Note-se que, em nenhum momento está assinalada a exigência de que o trabalho do trabalhador terceirizado seja estritamente pessoal – ou seja, prestado pelo mesmo trabalhador – nem tampouco que se realize no estabelecimento da tomadora.

Postos tais elementos, o que se tem é que não subsistem justificativas teóricas para se afastar do conceito de terceirização qualquer modalidade de contratação entre duas ou mais empresas, que tenham como objetivo a realização de trabalho. Sempre que o objeto do contrato apontar para algum tipo de prestação de serviços, ainda que de forma indireta, teremos a possibilidade concreta de enquadramento daquela modalidade como terceirização típica. Afinal, quando se celebra um “contrato de facção”, o objetivo não é um produto, por si só, mas sim a realização de um trabalho que leva à sua produção. Afinal, o produto não se produz autonomamente, salvo se elaborado exclusivamente por robôs. O mesmo se dá em contratos de transporte, e com muito mais razão. O que se almeja nesses contratos é o *trabalho de um motorista* fazendo o carregamento de cargas de um lugar

²⁹ Como é a característica da produção *just-in-time*.

para outro. Isso difere, e muito, de contratos que tenham como objeto um produto, como é o caso da compra e venda ou da locação de bens, por exemplo. Quando uma empresa contrata uma empresa de transporte, não tem como objeto de seu contrato o veículo, mas sim o trabalho de alguém que dirige esse veículo. Não nos parece que a transformação formal do modo como se dá o processo produtivo seja capaz de alterar os efeitos jurídicos dessa cadeia. Como se disse, contratos como os citados nada mais representam do que o deslocamento, para fora das empresas, de uma atividade que era por elas praticada em outro contexto modelar de relações produtivas. A mudança do *locus* da execução não é suficiente para afetar sua essência.

Daí porque discordamos quando se pretende conferir a esse tipo de relação o caráter de mera “compra e venda”, como se apura da jurisprudência predominante retro citada, ou muito menos de um “mero” contrato civil. O contrato de compra e venda, regulado pelo Código Civil, tem como pressuposto a ideia de que a aquisição do bem tem um valor em si mesmo. Resgatando-se as ideias de Marx, esses bens possuem o *valor de uso*, que se realiza no uso ou no consumo do bem, constituindo o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a sua forma social. Diferente é o caso da mercadoria que possui o *valor de troca*, qual seja, aquela que se estabelece como relação quantitativa, a proporção na qual os valores de uso de uma espécie se trocam por valores de uso de outra espécie, desvelando-se como algo imanente e inerente a essa condição.

Em relações como a que vimos, o que se desvela é a “aquisição” de uma mercadoria com a intencionalidade explícita de transformação em outra mercadoria. Há um pressuposto de ganho econômico entre as empresas – seja na que produziu e vendeu, seja na que comprou e vendeu. Há, assim, uma notável distinção da simples “compra e venda” para uso e da “compra e venda” que implica a produção – por vezes sob demanda – e o seu uso para fins econômicos. As empresas que fazem contratos de facção não usam o produto, mas sim os comercializam; aquelas que contratam empresas de transporte não usam as mercadorias transportadas, mas as colocam no mercado consumidor.

Isso afeta completamente os efeitos decorrentes das relações de trabalho que são imanentes a esse processo. Naturalmente, a produção das

mercadorias depende substancialmente da aposição da força de trabalho. Uma coisa pode ser valor de uso sem ser propriamente um valor: isso ocorre quando a sua utilidade para o homem não é mediada pelo trabalho. É o caso do ar que respiramos, do solo onde cultivamos, os caminhos pelos quais passamos. Já aquilo que tem *valor de troca*, sempre será, inquestionavelmente, *mediado pelo trabalho*. Se assim ocorre, não vemos sentido em que se despreze a força produtiva aposta na construção desses bens que possuem valor de troca. Todos os que se envolvem nesse processo produtivo são beneficiários, diretos ou indiretos, da força produtiva dos trabalhadores. Não por outro motivo, a doutrina contemporânea tem considerado que o conceito clássico e objetivo de subordinação não é suficiente para explicar as relações produtivas contemporâneas. Desenvolveu, assim, o conceito de subordinação estrutural, que se conforma pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber ou não ordens diretas daquele que se beneficia do seu trabalho. O elemento relevante nesse processo, é a vinculação do trabalhador à dinâmica operativa da atividade daquele ou daqueles que receberam o resultado de seu trabalho.

96

Daí porque – e essa é uma consequência jurídica da regulação objetiva da terceirização –, desde a vigência da lei, qualquer contrato entre duas empresas que tenha essa natureza – inclusive os contratos de facção e os de transporte de cargas – devem se enquadrar nas exigências estipuladas na norma, inclusive quanto à capacidade econômica da prestadora, além das vedações previstas na lei nos contratos sucessivos ou na transformação de empregados em terceirizados.

De outra parte, quando levamos em conta a teoria da responsabilidade trabalhista, não vemos caminho diverso senão o do reconhecimento de que o contratante responde pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores da contratada, mesmo nos casos que foram colhidos da jurisprudência. Toda a construção teórica do Direito do Trabalho caminha no sentido da ampliação das hipóteses de responsabilização, mesmo para aqueles que não tiveram qualquer relação direta com o trabalhador. No plano dogmático, colhe-se a responsabilidade dos integrantes do grupo econômico, prevista no par. 2º do art. 2º, da CLT. No plano teórico, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador, mais antiga e mais abrangente do que aquelas que aquelas previstas por outros

instrumentos normativos³⁰. Além disso, vale citar o art. 455, da CLT, que forma uma cadeia de responsabilização que, aliás, muito se aproxima da figura ora analisada: o empreiteiro principal, a rigor, “compra” um produto final (o objeto da subempreitada) mas, a despeito disso, é responsável pelos créditos inadimplidos dos empregados do subempreiteiro. É de se notar essa visão ampliativa da responsabilidade – assimilada pela súmula 331, nos casos de interposição de mão de obra – é um dos pilares do Direito do Trabalho brasileiro, o que justifica a sua extensão para toda e qualquer hipótese assemelhada.

Ainda no plano dogmático, vale dizer que o caso demanda a aplicação analógica – como autoriza o par. único do art. 8º, da CLT – desse mesmo artigo 455, posto que, conquanto sejam situações jurídicas distintas guardam similitudes que autorizam essa prática. Não se deve descurar, ainda, que essa interpretação tem matriz constitucional. Não bastasse o *caput* do art. 7º da Constituição assegurar literalmente a aplicação do princípio da proteção e do princípio da norma mais favorável, o texto constitucional traz em seu texto, ainda, alguns preceitos de cunho principiológicos extremamente importantes. Assim, pontifica que a livre iniciativa não se dissocia da função social do trabalho. Afirmo, também, que o desenvolvimento econômico da nação deve obedecer aos ditames da justiça social. Por fim, que a propriedade sempre deve cumprir sua função social. Dessa sorte, entendemos que o afastamento da responsabilidade do contratante implicará o desrespeito ostensivo da *ratio* constitucional, o que não nos parece inadmissível.

Mais do que isso, porém, e com base na própria tese afirmada pelo STF, pode-se afirmar, de maneira categórica que, independentemente de se considerar que ocorre a terceirização típica ou não, existe a responsabilidade subsidiária daquela que se beneficiou dos serviços prestados, *qualquer que seja a forma de divisão do trabalho realizada por pessoas jurídicas distintas*. Dito de outro modo, a observância da jurisprudência vinculante do STF indica que toda vez que duas pessoas jurídicas ajustarem alguma divisão do trabalho, a responsabilidade subsidiária é imperativa.

³⁰ Esse instituto foi consolidado na doutrina e na jurisprudência trabalhista muito antes de seu tratamento material e processual dado pela Lei n. 13.467/2017.

Conclui-se, portanto, que a partir do desenho traçado pela regulação objetiva da terceirização no Brasil, e pela decisão vinculante do STF a respeito do assunto, não se pode encontrar fundamentos para o afastamento da responsabilidade de todos os que se envolvem em uma cadeia produtiva e que tenham de alguma maneira, a prestação de trabalho humano como um elemento característico.

REFERÊNCIAS

- Alemão, Ivan e Menchise, Diogo.** *Terceirização – atualização do tema e indefinições.* In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, nº 56, v. 25, julho-dezembro/2014, pp. 79-91.
- Alves, Giovanni.** *Terceirização e barbárie salarial.* In Ramos Filho et al.ii, *Terceirização no STF. Elementos do debate constitucional.* Bauru: Canal 6, 2015, pp. 7-12.
- Antunes, Ricardo.** *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho,* 7ª ed., São Paulo/Campinas: Cortez, Editora da Unicamp, 2000.
- Corrêa, Maíra Baumgarten.** Reestruturação produtiva e industrial. [A. do livro] Antonio David (org.) Cattani. *Trabalho e Tecnologia. Dicionário Crítico.* 2a. Petrópolis; Porto Alegre: Vozes; UFRGS, 1999.
- Daroncho, Leomar.** *Uma pedra no meio do caminho chamada terceirização. On line* Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/08/15/uma-pedra-no-caminho-chamada-terceirizacao>>, 15/08/2016. Acesso em: 16 ago 2016.
- Delgado, Mauricio Godinho.** *Capitalismo, trabalho e emprego.* São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho.* 9a.ed., São Paulo: LTr, 2010.
- _____. *Direitos fundamentais na relação de trabalho.* In SILVA, Alessandro da, et al.ii (coord.) *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2007, pp.67-87.
- Figueiredo, José Ricardo.** *Modos de ver a produção do Brasil.* São Paulo: Autores associados; Educ; Fapesp, 2004.
- Gimenez, Denis Maracci.** *A questão social e os limites do projeto liberal no Brasil.* Tese de Doutorado do Instituto de Economia da Unicamp. Campinas, SP: 2007.
- Giorgi, Fernanda, et al.ii.** *O que está em jogo em matéria de terceirização trabalhista no Supremo Tribunal Federal?* In Ramos Filho et al.ii, *Terceirização no STF. Elementos do debate constitucional.* Bauru: Canal 6, 2015, pp. 13-38
- Gorender, Jacob.** *O escravismo colonial.* São Paulo: Ática, 1978.
- Krost, Oscar.** *O lado avesso da reestruturação produtiva: a “terceirização” de serviços por “facções”.* Blumenau: Nova Letra, 2016.

Lago, Luiz Aranha Correia do. *Da escravidão ao trabalho livre – Brasil, 1550-1900.* São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

Laranjeira, Sonia M. G. *Fordismo e Pós-fordismo.* Antonio David Cattani. *Trabalho e Tecnologia – Dicionário Crítico.* 2a. Edição. Rio de Janeiro; Porto Alegre: Vozes: Editora da UFRGS, 1999, pp. 89-93.

Passos, Najla. *Congresso eleito é o mais conservador desde o fim da ditadura, diz Diap, on line,* 07/10/2014, <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-o-fim-da-ditadura-diz-Diap/4/31948>>. Acesso em: 9 ago 2016.

Pimenta, José Roberto Freire. *Súmula 331, IV e V, do TST: a Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações e a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC no 16-DF.* In Viana, Marcio Túlio *et al.ii*, O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 193-221.

Pochmann, Marcio. *Debates contemporâneos, economia social e do trabalho: a superterceirização do trabalho.* São Paulo: LTr, 2012.

Porto, Noêmia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão,* São Paulo: LTr, 2013.

Preite Sobrinho, Wanderley. *A lei das terceirizações vai passar no Senado?* Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/a-lei-das-terceirizacoes-vai-passar-no-senado-6875.html>>, 23/04/2015. Acesso em: 9 ago 2016.

Scherer, André Luís Forti. Globalização. [A. do livro] Antonio David Cattani. *Trabalho e Tecnologia. Dicionário Crítico.* 2a. Edição. Petrópolis; Porto Alegre: Vozes; UFRGS, 1999, pp. 114-115

Silva, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. *Instituições jurídicas e terceirização: os fundamentos das decisões judiciais e sua compatibilidade com a Constituição.* In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região, nº 56, v. 25, julho-dezembro/2014, pp. 59-77

Viana, Marcio Túlio. *As várias faces da terceirização.* In Viana, Marcio Túlio *et al.ii*, O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 500-508.

_____. Audiência pública sobre Terceirização: um depoimento sintético. In Viana, Marcio Túlio *et al.ii*, O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 680-682.