

# A TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA

Helder Santos Amorim\*

## 1 – A REFORMA TRABALHISTA E A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA. NOÇÕES INICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADES

A regulamentação legal da terceirização<sup>1</sup> constitui um dos elementos centrais da reforma trabalhista ultraliberal levada a cabo no Brasil, no ano de 2017. Com obstinado propósito de recuperar o poder do capital sobre o trabalho em parâmetros próximos ao livre mercado de mão de obra<sup>2</sup>, “a reforma busca romper com [a] lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista”<sup>3</sup>.

Por sua gênese política predatória das conquistas sociais alcançadas no país, nos últimos setenta anos, esse concerto normativo visa a naturalizar regimes de subemprego, o que coloca a terceirização como alvo central de sua disciplina, tendo em vista as reconhecidas repercussões da terceirização, redutoras de eficácia das normas de proteção socioeconômica do trabalho e sua ação

---

\* *Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; procurador do trabalho em Minas Gerais; membro auxiliar da Procuradora-Geral da República em matéria trabalhista.*

- 1 O termo “terceirização” constitui neologismo brasileiro que retrata o movimento de expulsão de atividades que integram o processo produtivo para realização por “terceiras” empresas, bem simbolizado na reflexão de Márcio Túlio Viana, para quem, “como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar pra fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades” (Terceirização. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 07, jul. 2003. p. 779).
- 2 A figura do contrato de trabalho intermitente, por exemplo, tal como prevista nos arts. 443 e 452-A a 452-H (com alterações inseridas pela MP nº 808/2017), submete o empregado a demanda *just time* de mão de obra, com salário-hora proporcional, sem qualquer garantia de convocação e de contraprestação mínima, cabendo ao trabalhador recolher contribuição previdenciária sobre a diferença entre o salário efetivamente recebido e o valor do salário mínimo, caso o total de sua remuneração mensal seja inferior ao mínimo para aquisição e manutenção da qualidade de segurando da Previdência Social (art. 911-A, inserido pela MP nº 808/2017). Sem exigir o cumprimento de requisitos para sua utilização, a legislação favorece a naturalização desse regime contratual ultraflexível, despido de garantia social, abrindo espaço à substituição do clássico regime de emprego rumo à total desregulamentação do trabalho.
- 3 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. Com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 41.

corrosiva sobre o conteúdo de sentido tuitivo dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores. É de amplo conhecimento científico que a terceirização reduz a eficácia do regime constitucional de emprego socialmente protegido<sup>4</sup>, ensejando a criação de um “regime paralelo de emprego rarefeito”<sup>5</sup>, de baixa densidade protetiva, com aspecto de subemprego.

O primeiro movimento de expansão legal da terceirização se deu com a Lei nº 13.429, de 31 de abril de 2017, que alterou e inseriu dispositivos na Lei nº 6.019/74. Além de alargar as hipóteses de cabimento do regime de trabalho temporário, essa normativa trouxe a primeira disciplina legal sobre o fenômeno da terceirização. Até então, a legislação ordinária somente disciplinava a contratação de serviços no setor de vigilância especializada (Lei nº 7.102/83) e no setor da construção civil, por meio do contrato de subempreitada (CLT, art. 455). Nesse primeiro momento, sem dizê-lo expressamente, os novos arts. 4º-A e 5º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, inseridos pelo art. 2º da Lei nº 13.429/2017, conceituando as empresas contratante e prestadora de serviços como aquelas que contratam e prestam, respectivamente, “serviços determinados e específicos”, abriram flanco a interpretações que conduziam à autorização da prática de terceirização em todas as atividades empresariais<sup>6</sup>.

Por ocasião de sua aprovação, a imprensa repercutiu a nova legislação como franqueadora da terceirização na atividade-fim das empresas, abolindo a restrição prevista na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>7</sup>.

4 A relação de emprego prevista no art. 7º, I, da Constituição, constitui conceito protetivo universalizado pelo Direito do Trabalho, como modelo hegemônico de inserção do trabalhador no modo de produção capitalista, dotado, por isso, de um conteúdo de sentido conformado historicamente na tradição jurídica de diversos países, a partir do elemento-base da subordinação jurídica. A respeito, consultar a obra: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 91 (Capítulo IV, item 5 – *O sistema constitucional brasileiro do emprego socialmente protegido*).

5 O regime paralelo de emprego rarefeito, no âmbito da terceirização, é aquele que, apesar da roupagem formal, mediante registro e observância esquemática de direitos trabalhistas, padece de déficit de efetividade normativa, por uma intensidade e por uma qualidade protetiva muito inferior ao padrão constitucionalmente assegurado às relações de emprego diretas, firmadas entre o obreiro e o tomador de serviços. O desenvolvimento dessa noção se encontra no Capítulo IV, item 6, da obra: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 105.

6 “Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante *serviços determinados e específicos*. (...)”

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de *serviços determinados e específicos*.” (sem destaques no original)

7 *EBC Agência Brasil*, digital, edição de 31.03.2017: *Com vetos, Temer sanciona lei que permite terceirização de atividade-fim* (disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/temer-sanciona-lei-que-permite-terceirizacao-em-atividade-fim-das-empresas>>); *Jornal do Brasil*, digital, edição de 31.03.2017: *Michel Temer sanciona lei da terceirização em todas as atividades*

Imediatamente, partidos políticos e confederações sindicais profissionais ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIs 5.685/DF, 5.686/DF e 5.687/DF), por meio das quais pleitearam a inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.429/2017 e a inconstitucionalidade material de dispositivos que, segundo aduzem, autorizaram a prática irrestrita da terceirização<sup>8</sup>.

Em pareceres lançados nessas ADIs, o Procurador-Geral da República (PGR) sustentou a inconstitucionalidade formal da legislação, por vício na tramitação do PL nº 4.302/98, que lhe deu origem, mas, quanto ao mérito, em princípio não vislumbrou nos dispositivos impugnados a largueza interpretativa imputada pelos proponentes, a ponto de autorizar terceirização da atividade-fim das empresas tomadoras.

Segundo o chefe do Ministério Público da União, os arts. 4º-A e 5º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, com redação conferida pela Lei nº 13.429/2017, limitaram-se a conceituar as figuras da empresa contratante e da empresa contratada para prestação de serviços determinados e específicos, “expressão cuja indeterminação de conteúdo inviabiliza dela extrair-se qualquer autorização para prática de terceirização da atividade-fim da empresa”. Ainda assim, considerando o risco de interpretação no sentido proposto pelos autores, o PGR opinou pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dos dispositivos, para afastar interpretação que permitisse terceirização de atividades finalísticas de empresas privadas e entidades da administração pública, com base em fundamentos que serão expostos adiante<sup>9</sup>.

Posteriormente, o Procurador-Geral da República também ajuizou a ADI 5.735/DF, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dos arts. 4º-A, *caput*, 5º-A e § 3º do art. 9º da Lei nº 6.019/74, inseridos pela Lei nº 13.429/2017, “para que deles se afaste interpretação que implique

---

(disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/03/31/michel-temer-sanciona-lei-da-terceirizacao-em-todas-as-atividades/>>); *G1 Economia*, digital, edição de 27.03.2017: *Entenda o projeto de lei da terceirização para todas as atividades – Texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados nesta quarta-feira (22) e vai para a sanção do presidente Michel Temer* (disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-para-todas-as-atividades.ghtml>>); *El País*, digital, edição de 23.03.2017: *Câmara aprova terceirização para todas as atividades – Entenda o que muda* (disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891\\_298981.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891_298981.html)>).

8 Ações ajuizadas por Rede Sustentabilidade (ADI 5.685/DF), Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL (ADI 5.686/DF), Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Comunista do Brasil – PC do B (ADI 5.687/DF), tendo por objeto dispositivos da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.

9 Parecer do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros lançado nas ADIs 5.685/DF, 5.686/DF e 5.687/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5163507>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

franqueio à terceirização de atividades finalísticas das empresas privadas e dos entes e órgãos da Administração Pública, direta e indireta”<sup>10</sup>.

Antes que se completassem três meses da publicação da Lei nº 13.429/2017, no entanto, suas disposições relativas à terceirização já sofreriam alterações por meio da Lei da Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 –, que inseriu novas alterações na Lei nº 6.019/74, aprofundando o disciplinamento ultraliberal da terceirização, para autorizar expressamente a contratação de serviços em todas as atividades empresariais, praticamente sem contenção de suas repercussões deletérias sobre o regime de emprego.

O art. 2º da Lei nº 13.467/2017, dentre outras inovações, alterou o *caput* dos arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/74, inseridos pela Lei nº 13.429/2017, e inseriu o novo art. 4º-C. Neles, autoriza textualmente a contratação de serviços em “qualquer uma das atividades da contratante” (art. 4º-C), “inclusive sua atividade principal” (art. 4º-A), deixando indene de dúvida que a empresa tomadora pode contratar “serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (art. 5º-A)<sup>11</sup>. Na literalidade desses enunciados é nítida a *mens legislatoris* em exortar a prática da terceirização em quaisquer atividades da empresa tomadora, inclusive em suas atividades finalísticas, expungindo os limites e contenções que a Súmula nº 331 do TST identificava, a partir de interpretação lógica, sistemática e teleológica do sistema jurídico-trabalhista.

Em face dessas alterações, o Procurador-Geral da República apresentou aditamento à petição inicial da ADI 5.735/DF, de sua autoria, requerendo, por idênticos fundamentos, a declaração de inconstitucionalidade dos novos arts. 4º-A, 4º-C e 5º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, com redações inseridas pela Lei nº 13.467/2017. A ação encontra-se em curso, sem apreciação do pedido liminar, até a conclusão do presente texto<sup>12</sup>.

---

10 ADI 5.735/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5216509>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

11 “Art. 4º-A. 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-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os *serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante*, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (...).  
Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de *serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal (...)*” (sem destaques no original).

12 ADI 5.735/DF. Ver peça de aditamento disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5216509>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

Nesse mesmo sentido já vinha se manifestando a Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio do Procurador-Geral do Trabalho, desde o curso dos projetos legislativos que culminaram na Lei da Reforma Trabalhista, por meio das Notas Técnicas nº 5 (apresentada ao PL nº 6.787/2016, da Câmara dos Deputados) e ns. 7 e 8 (apresentadas ao PLC nº 38/2017, do Senado Federal). Por meio dessas notas, o MPT buscou demonstrar às Casas parlamentares a inconstitucionalidade das proposições legislativas que previam terceirização de atividades finalísticas, pleiteando sua rejeição ou alteração<sup>13</sup>.

Na esteira desses posicionamentos sustentados pelo Ministério Público (PGR e MPT), são flagrantemente inconstitucionais os dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista que autorizam terceirização de todas as atividades empresariais, apanhando suas atividades centrais e finalísticas, inclusive em empresas estatais exploradoras de atividade econômica, tendo em conta *três ordens de fundamentos*: (i) por violar o regime constitucional de emprego socialmente protegido e os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, que lhe são consectários, com assento nos arts. 1º, IV; 7º a 11; 170, VII e VIII; e 193 da Constituição; (ii) por esvaziar a função social constitucional da empresa, em violação aos arts. 1º, IV; 5º, XXIII; e 170, III, c/c os arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º; e 227 da Carta Magna, e (iii) por ofender os princípios da impessoalidade e da moralidade, notadamente a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, assentadas nos arts. 37, *caput*, II e § 2º, e 173, § 1º, II, da Constituição.

Segundo a primeira ordem de fundamentos (i), a terceirização da atividade central e finalística da entidade tomadora esvazia a garantia constitucional da relação de emprego socialmente protegida (CF/88, art. 7º, I), fonte dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF/88, arts. 7º a 11 da Constituição), pelas seguintes razões, em rápida síntese:

1) A *alta rotatividade de mão de obra* decorrente da terceirização, com a fragmentação dos contratos de trabalho entre diversos tomadores de serviço<sup>14</sup>, frustra o gozo pleno de direitos fundamentais dos trabalhadores: a) viola a pretensão constitucional de continuidade do vínculo de emprego, reconhecida pelo

---

13 Notas Técnicas nº 5, 7 e 8, do Procurador-Geral do Trabalho. Disponíveis no *site* do MPT – Publicações – Notas Técnicas: <<http://portal.mpt.mp.br>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

14 POCHMANN, Marcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no *site* do SINDEEPRES – Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

STF<sup>15</sup>; b) inviabiliza o direito fundamental ao gozo de férias anuais remuneradas (CF/88, art. 7º, XVII), em face da alta incidência de extinção contratual antes de um ano de trabalho; c) prejudica a obtenção de depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Constituição, art. 7º, III), que depende da permanência temporal do trabalhador no emprego; d) reduz drasticamente a possibilidade de gozo de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, na forma do art. 7º, XXI, da Constituição; e) reduz o tempo de contribuição previdenciária, necessária à aquisição da aposentadoria garantida pelo art. 7º, XXIV, da Constituição.

2) Ao expulsar o trabalhador da empresa beneficiária final de sua mão de obra, remetendo-o a empresas intermediárias prestadoras de serviços, a terceirização de atividade-fim afronta a pretensão constitucional de máxima integração do trabalhador à vida da empresa beneficiária de sua mão de obra, em prejuízo aos seguintes direitos fundamentais: a) viola o direito à defesa eficaz dos interesses e direitos da categoria profissional, pela entidade sindical (CF/88, art. 8º, II), frustrando o exercício de direitos fundamentais à negociação coletiva e à greve (CF/88, arts. 7º, XXVI, 8º e 9º), sempre que afasta o trabalhador da categoria profissional vinculada à atividade econômica do beneficiário final de sua mão de obra, esvaziando o conteúdo de sentido da categoria profissional (CLT, art. 511) como elemento normativo constitucional (CF/88, art. 8º, II e III); b) inviabiliza o gozo, pelo trabalhador terceirizado, de direito à participação nos lucros e resultados (CF/88, art. 7º, XI), já que o lucro da empresa prestadora de serviços reside, basicamente, na diferença entre o preço cobrado pelo serviço e o custo estimado da mão de obra; e c) pressiona a redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador ao dificultar a implementação do direito fundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF/88, art. 7º, XXII).

3) A terceirização em atividade-fim viola o princípio constitucional da progressividade social dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CF/88, art. 7º, *caput*, e art. 5º, § 2º), pois *reduz a eficácia protetiva dos seguintes direitos*: a) promove o rebaixamento de remuneração do trabalhador terceirizado<sup>16</sup>, o

15 STF, Tribunal Pleno, ADI 1.721-3/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 29.06.07; STF, Tribunal Pleno, ADI 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18.05.01.

16 Em pesquisa sobre processo de terceirização no período de 1985 a 2010, Marcio Pochmann constata que, por força do avanço macroeconômico da economia brasileira, entre 1985 e 1998, o salário médio real dos trabalhadores terceirizados do Estado de São Paulo cresceu 4,2%, mas que, mesmo assim, “desde a década de 1980, ele não representou mais do que 50% do valor estimado do salário médio real dos trabalhadores em geral”. POCHMANN, Marcio. *Sindeepres, trajetória da terceirização*. Disponível em: <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2014, p. 29.

que conduz ao rebaixamento de todos os direitos trabalhistas incidentes sobre a remuneração, tais como o décimo terceiro salário, FGTS, gratificação de férias, indenizações rescisórias, etc.<sup>17</sup>; b) aumenta a incidência de jornada extraordinária<sup>18</sup>, elevando riscos de adoecimentos profissionais e prejudicando a geração de novos postos de emprego, em violação ao objetivo da “busca de pleno emprego”, que constitui princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, VIII); c) eleva o inadimplemento de direitos rescisórios<sup>19</sup>, aumentando a conflituosidade trabalhista; d) facilita o uso de mão de obra em condições análogas à de escravo<sup>20</sup>, em violação ao direito fundamental ao trabalho digno (CF/88, art. 1º, III) e em vulneração ao cumprimento da Convenção nº 29 da OIT, por meio da qual o Brasil se compromete a suprimir o emprego do trabalho escravo “sob todas as suas formas” (art. 1.1)<sup>21</sup>.

Na segunda ordem de fundamentos (ii), a terceirização de todas as atividades empresariais, ao viabilizar a figura da empresa sem empregados, viola a função social constitucional da empresa. Afronta o princípio do valor social da livre-iniciativa como fundamento da República (CF/88, art. 1º, IV) e a função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXIII) como princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, III). A indústria sem industriários, o comércio sem comerciários e a agricultura sem trabalhadores rurais, ao deixarem de gerar empregos diretos, dotados de máxima eficácia protetiva, furtam-se de cumprir sua função social retratada em missões comunitárias imputadas pela ordem legal e constitucional:

a) Ao praticar terceirização irrestrita, a empresa pode eximir-se de participar da política social de inclusão de pessoas com deficiência no mercado

---

17 Recente dossiê elaborado pelo Dieese/CUT sobre o impacto da terceirização em diversos setores da economia brasileira revela que em dezembro de 2010 a remuneração dos trabalhadores terceirizados, objeto do estudo, era 27,1% menor do que a remuneração dos trabalhadores diretamente contratados, que exercem idêntica função. Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011, p. 13. Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2014, p. 6.

18 *Idem*.

19 *Idem*, p. 13.

20 Ao analisar as 10 maiores operações de combate ao trabalho escravo realizadas no país, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos anos de 2010 a 2013, Vitor Filgueiras constata que 84,3%, em média, dos trabalhadores encontrados em condições análogas a de escravo, estavam subcontratados por interposta empresa, em regime de terceirização. (FILGUEIRAS, Vitor Araujo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/532642-terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia>>. Acesso em: 19 maio 2017)

21 Convenção nº 29 da OIT. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29.05.56, do Congresso Nacional. Promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25.06.57.

de trabalho, prevista no art. 24, XIV, da Constituição<sup>22</sup>; essa política de Estado se promove por meio da contratação obrigatória de cota de pessoas com deficiência, por empresas com mais de cem empregados, proporcionalmente ao seu número de empregados, conforme previsto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;

b) A empresa sem empregados pode isentar-se de participar da política de inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho (CF/88, art. 227), como mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização<sup>23</sup>;

c) Exime-se de integrar importantes programas sociais com assento constitucional, tais como o programa do salário-educação, que custeia a educação básica (CF/88, art. 212, § 5º); o programa do salário-família (CF/88, art. 7º, XII) e o Programa de Integração Social, que financia o seguro-desemprego (CF/88, art. 239);

d) Esquiva-se de participar da política pública de fomento ao desenvolvimento científico, de pesquisa e capacitação tecnológica dos trabalhadores, de que trata o art. 218, § 4º, da Constituição<sup>24</sup>.

Segundo a terceira ordem de fundamentos (iii), a terceirização de atividades finalísticas no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista viola o princípio constitucional da impessoalidade (CF/88, art. 37, *caput*), densificado na regra constitucional do concurso público (CF/88, art. 37, II e § 2º)<sup>25</sup>. Com isso, contraria a jurisprudência do STF que submete à regra do concurso público as empresas públicas e sociedades de economia mista (MS 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard)<sup>26</sup> e que veda substituição de empregados

---

22 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;”

23 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (sem destaque no original)

24 “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (...) § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.”

25 O desenvolvimento do tema relativo à inconstitucionalidade da terceirização de atividades finalísticas nas empresas estatais se encontra no Capítulo IV, item 10, da obra: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 134.

26 “CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. (...) Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer



públicos concursados por contratos civis de prestação de serviços para realização das atividades principais de empresas estatais (ADI 890/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa)<sup>27</sup>. Viola, por fim, o *princípio constitucional da organização funcional da administração pública*, que pressupõe a imposição constitucional de um quadro próprio e estável de agentes públicos diretamente vinculados à administração pública, organizado e profissionalizado para o exercício contínuo das atividades que integram as competências estatais (CF/88, art. 37)<sup>28</sup>.

A Lei nº 13.467/2017 ainda apresenta outros pontos de confronto com a Constituição de 1988, violando o princípio da proporcionalidade, quando deixar de prover garantias compensatórias ou minimizadoras dos referidos prejuízos que a terceirização enseja à eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por exemplo, apesar de assegurar aos empregados terceirizados, quando a terceirização ocorrer nas dependências da tomadora, as mesmas condições relativas a alimentação, transporte, atendimento médico ambulatorial e treinamento, oferecidos aos empregados da tomadora (Lei nº 6.019/74, art. 4º-C, I, inserido pela Lei nº 13.467/2017)<sup>29</sup>, a Lei da Reforma Trabalhista prevê como

dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.” (STF, MS 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJe 23.03.93)

- 27 Nesse julgado o STF considerou inconstitucional a Lei Distrital nº 418, de 11 de março de 1993, que autorizou empresas públicas e sociedades de economia mista do Distrito Federal a firmarem contratos de prestação de serviços em regime temporário para execução de diversas atividades que integram permanentemente suas atribuições, por violação à regra do concurso público (STF, ADI 890/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 06.02.04).
- 28 O desenvolvimento doutrinário do princípio da organização funcional da administração pública como elemento limitador da terceirização no âmbito da máquina pública se encontra na obra *Terceirização no Serviço Público – Uma Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional*, Capítulo 6, item 6.9: “(...) infere-se da leitura integrada dos dispositivos constitucionais a existência de um princípio de “organização funcional da administração pública” fundado na exigência democrática de um quadro de carreira pública profissionalizado para o exercício das atribuições estatais, o que pressupõe a predominância das relações de trabalho firmadas “diretamente” entre o Poder Público e seus agentes, sujeitos ao regime estatutário ou de Direito Privado, conforme as necessidades contingentes, mas sempre exclusivamente comprometidos com a realização de competências institucionais do Estado” (AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009. p. 205).
- 29 “Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:
- I – relativas a:
- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
  - b) direito de utilizar os serviços de transporte;
  - c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
  - d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.”

mera faculdade dos contratantes a observância de igual remuneração entre empregados da contratante e trabalhadores terceirizados que desenvolvam idêntica função (art. 4º-C, § 1º)<sup>30</sup>, dando azo à violação do princípio constitucional da isonomia (CF/88, art. 5º, *caput*). Sem garantir aos trabalhadores terceirizados sequer o piso salarial previsto nas convenções coletivas da categoria profissional vinculada à empresa tomadora, quando do exercício de idêntica função, a legislação permite que terceirizados sejam submetidos a padrões salariais inferiores, ainda que realizem trabalho de igual valor e complexidade, em afronta ao art. 7º, V, da Constituição, que garante “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”.

Essas noções revelam o profundo impacto destrutivo que o disciplinamento da terceirização entabulado pela Lei nº 13.467/2017 promove sobre o padrão constitucional civilizatório de proteção ao trabalho, em grave ameaça à ordem democrática, questão a ser enfrentada pelo STF e pela Justiça do Trabalho no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Não obstante essa linha de considerações estruturada no plano do controle de constitucionalidade, porém, é certo que as disposições relativas à terceirização, inseridas na Lei nº 6.019/64 pela Lei da Reforma Trabalhista, também devem ser enfrentadas por meio de interpretação sistemática e teleológica, como elementos integrantes do ordenamento jurídico-trabalhista e que, por isso, demandam leitura harmoniosa com seus objetivos humanistas e seus princípios promotores de segurança social.

Nessa esteira, em caráter subsidiário à tese de inconstitucionalidade da terceirização em atividades finalísticas que esse estudo encampa, ora se encaminha à análise dos marcos jurídicos do novo modelo de contratação de serviço instituído pela Lei da Reforma Trabalhista, à luz de uma compreensão axiologicamente integrada ao ordenamento jurídico-trabalhista, capaz de ensejar soluções normativas que contemplem a máxima proteção social possível do trabalhador terceirizado.

Por força das repercussões e potencialidades deletérias sobre a proteção social do trabalho, parte-se da premissa hermenêutica, de todo afinada com o princípio de proteção social ao hipossuficiente, viga mestra do Direito do Trabalho, que regime de emprego terceirizado continua a figurar como modelo excetivo ao regime geral de emprego direto entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra, mais benéfico ao obreiro, mesmo sob a nova disci-

---

30 “Art. 4º-C (...) § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.”

plina jurídica. Trata-se de premissa essencial para assegurar que o contrato de prestação de serviço não seja utilizado como veículo de mascaramento à intermediação de mão de obra (fornecimento de mão de obra subordinada ao tomador), prática somente admitida pelo ordenamento jurídico sob regime de trabalho temporário, nos lindes e na forma da Lei nº 6.019/74<sup>31</sup>.

## 2 – MARCOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SOB REGIME DA LEI Nº 6.019/74<sup>32</sup>

A Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, passou a disciplinar o contrato de prestação de serviços interempresariais, firmando os marcos jurídicos da terceirização nos elementos característicos essenciais desse enlace contratual. Com isso, a legislação define o novo espaço de manifestação do (velho) regime paralelo de *emprego terceirizado e rarefeito*, agora não mais circunscrito às atividades instrumentais da empresa (atividades-meio), mas projetado para o conjunto das atividades empresariais. A identificação desses marcos jurídicos é medida essencial para manter incólume a divisa fronteira da prestação de serviço com a mera intermediação ou comercialização de mão de obra.

A Lei nº 6.019/74 estabelece os lindes da prestação de serviço em três marcos fundamentais, que dizem respeito (i) à morfologia do contrato de prestação de serviço – objeto, partes e outros elementos essenciais; (ii) ao modo (autônomo) de execução da atividade, pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; e (iii) à exigência de capacidade econômica da empresa prestadora para execução do contrato. Vejamos.

### *(i) Morfologia do contrato de prestação de serviço: elementos essenciais*

Dispõe o *caput* do art. 4º-A da Lei nº 6.019/74<sup>33</sup> que a prestação de serviço consiste em “transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços”. O art. 5º-A, *caput*, por sua vez, identifica como contratante a “pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços”. Dos enunciados se extrai, em primeiro plano, que

31 As hipóteses de incidência do contrato de trabalho temporário continuam regidas pelo art. 2º da Lei nº 6.109/74.

32 Tópico extraído do item 1.2. Elementos do contrato de prestação de serviço (autoria de Helder Santos Amorim) da obra coletiva: VIEIRA, Paulo Joarês; FONSECA, Vanessa Patriota da (Coord.). *Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação*. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – Ministério Público do Trabalho. No prelo.

33 Redação inserida pela Lei nº 13.467/2017.

a prestação de serviço interempresarial deve constituir objeto de um enlace contratual. Esse contrato, na dicção do art. 5º-B da Lei nº 6.019/74, deve conter os seguintes elementos: “I – qualificação das partes; II – especificação do serviço a ser prestado; III – prazo para realização do serviço, quando for o caso; e IV – valor”.

Trata-se, portanto, de contrato necessariamente escrito, cujo instrumento retrate a declaração de vontades das partes acerca do objeto (o serviço a ser prestado), do prazo de realização (se houver) e do valor ou preço a ser pago como contraprestação. Nesse sentido, a lei exige forma especial para celebração do acordo de vontades, como requisito de validade contratual, conforme previsão do art. 107 do Código Civil Brasileiro (CCB), o que afasta a possibilidade de celebração de contrato verbal de prestação de serviço interempresarial<sup>34</sup>. Trata-se de contrato cuja existência deve ser comprovada por meio do respectivo instrumento escrito, sob pena de se configurar inexistência, com conseqüente reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores envolvidos e a empresa tomadora de sua mão de obra.

Quanto às partes, a contratante poderá ser pessoa física ou jurídica (art. 5º-A, *caput*), enquanto a contratada, prestadora do serviço, deverá ser necessariamente pessoa jurídica de direito privado (art. 4º-A, *caput*), o que afasta a possibilidade de contratação de pessoa física como prestador de serviço, sob esse regime legal. Esse contrato de prestação de serviço interempresarial, objeto da Lei nº 6.019/74, de natureza comercial, não se confunde com a figura da prestação de serviço por trabalhador autônomo, cujo contrato de natureza civil é disciplinado pelos arts. 593 a 609 do CCB (Capítulo VII do Título VI do Livro I da Parte Geral – Da Prestação de Serviço).

O art. 4º-B da Lei nº 6.019/74 institui como requisitos para funcionamento da empresa de prestação de serviços: “I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II – registro na Junta Comercial; III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros (...)”. Tais condições restringem a figura da prestadora de serviços à pessoa jurídica, com estrutura empresarial e com lastro econômico mínimo para se lançar no mercado de serviços destinados a outras empresas.

Para caracterizar autêntica prestação de serviço, o contrato deve ter por objeto efetiva *transferência da execução de uma atividade* que integra o processo produtivo de uma empresa a outra empresa, que a preste, entregando a

---

34 “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

execução da atividade como resultado útil, pronto e acabado. Essa transferência implica necessária alteração do *controle do processo produtivo* da atividade contratada. Ao transferir a execução de uma atividade a outra empresa, a contratante também lhe transfere o controle operacional da atividade, passando a figurar como credora de uma unidade de serviço ou de um insumo de produção. O controle de resultado a ser exercido pela contratante consiste estritamente na medição e fiscalização de observância das especificações contratuais do serviço, para efeito de recebimento, pagamento e outras consequências contratuais acessórias.

Sem transferência efetiva do controle produtivo da atividade à empresa contratada não se caracteriza autêntica prestação de serviço, figurando o contrato como simulacro voltado a encobrir a transferência de vínculos formais de emprego, em fraude ao regime geral de emprego entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra (CLT, art. 9º).

No regime da Lei nº 6.019/74, a transferência da execução de atividade pode assumir qualquer finalidade corporativa organizacional, racionalizadora de recursos materiais, humanos e tecnológicos e redefinidora de estratégias e atribuições. O contrato não pode ter por finalidade e nem pode ensejar, no entanto, a transferência meramente formal da atividade, com a manutenção de seu controle produtivo pela empresa contratante, hipótese em que restará caracterizado vício de finalidade.

A legislação ainda exige que o serviço seja produzido com utilização de mão de obra empregada pela empresa prestadora. É o que se extrai do art. 4º-B, inciso III, da Lei nº 6.019/74, acima referido, ao exigir para funcionamento da empresa de prestação de serviço que seu capital social seja proporcional ao número de empregados, como medida de garantia mínima de solvabilidade<sup>35</sup>. A legislação ainda se refere a um quadro de empregados da empresa contratada,

---

35 “Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da *empresa de prestação de serviços* a terceiros:  
(...)

III – capital social compatível com o *número de empregados*, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

quando lhes garante alguns direitos<sup>36</sup> e quando veda que empregado dispensado pela empresa tomadora lhe preste serviço na qualidade de empregado da empresa prestadora, impondo para isso um período de carência de dezoito meses<sup>37</sup>. São menções que reforçam a compreensão integrada do diploma, no sentido da exigência de um quadro funcional de empregados, vinculados à execução dos contratos de prestação de serviço.

Essa exigência de utilização de mão de obra empregada afasta as cooperativas de trabalho do regime de prestação de serviço disciplinado pela Lei nº 6.019/74. A cooperativa que tem por objeto a prestação de serviço, “constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego” (Lei nº 12.690/2012, art. 4º, II), atua sob regime de trabalho autônomo, em que o prestador contratado é o próprio executor da atividade, não podendo subcontratá-la a terceiro. E, ainda que a cooperativa de trabalho se proponha a manter quadro de empregados organizado para realização de atividades contratadas, esbarra no comando do inciso II do art. 4º-B da Lei nº 6.019/74, que exige da empresa prestadora de serviço registro na Junta Comercial, o que pressupõe seu caráter de sociedade empresária (CCB, art. 1.150)<sup>38</sup>. Por se constituírem em sociedade simples (CCB, art. 982, parágrafo único)<sup>39</sup>, as cooperativas vinculam-se ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas<sup>40</sup>.

Do caráter contratual do enlace entre as partes, na prestação de serviço, ainda se extrai o sentido de alteridade da empresa contratada como unidade distinta da contratante, passível de ser reconhecida por sua identidade formal e material específica, como pessoa jurídica diferente, dotada de organização e interesses próprios, desvinculados dos interesses empresariais da empresa contratante. Disso decorre que a prestação de serviço regulada pela Lei nº 6.019 não se veicula por convênio ou consórcio, em que as partes comungam

36 “Art. 4º-C. São asseguradas aos *empregados da empresa prestadora de serviços* a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições (...)”

37 “Art. 5º-D. O *empregado* que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de *empregado de empresa prestadora de serviços* antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.”

38 “Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.”

39 “Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

40 Parte-se da premissa de que os arts. 982, parágrafo único, e 1.150 do CCB derrogaram as disposições do art. 18 da Lei nº 5.764/71, que prevê o registro das cooperativas em Juntas Comerciais.

de interesses comuns. Havendo comunhão de interesses entre tomadora e prestadora de serviços, restará configurado grupo ou consórcio empresarial, com a conseqüente solidariedade obrigacional trabalhista entre as empresas, à luz dos §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, inclusive com as alterações inseridas pela Lei nº 13.467/2017<sup>41</sup>.

Esses requisitos do contrato de prestação de serviço conduzem à necessidade de que a empresa prestadora de serviço detenha *autonomia formal, administrativa, operacional e finalística* em relação à empresa contratante, devendo para isso ser dotada de interesses próprios, direção própria e estrutura material e administrativa autônoma, desvinculada da empresa contratante.

No que interessa ao Direito do Trabalho, portanto, o contrato de prestação de serviço consiste em enlace formal típico por meio do qual uma unidade produtiva, titularizada por pessoa física ou jurídica, transfere a uma empresa prestadora de serviço, titularizada por pessoa jurídica empresária e em regular funcionamento, a execução e o controle produtivo de uma atividade que demanda mão de obra empregada, com objetivo de obter um resultado útil necessário ao seu processo produtivo. A relação triangulada de trabalho decorrente desse contrato constitui o regime de emprego terceirizado, objeto da regulação do Direito do Trabalho.

*(ii) Execução autônoma da atividade contratada, subordinação exclusiva à empresa prestadora e adstrição da atividade ao objeto do contrato de prestação de serviço*

O segundo marco jurídico do regime de prestação de serviço disciplinado pela Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista, diz respeito ao modo como a atividade deve ser executada, relativamente aos trabalhadores envolvidos. Trata da autonomia da empresa prestadora de serviço na execução da atividade contratada e sua adstrição ao objeto do contrato, o que constitui requisitos de validade desse contrato comercial e, portanto, do regime de emprego terceirizado dele decorrente, para os fins do Direito do Trabalho.

A Lei nº 6.019/74 define a prestação de serviço pelo modo de execução da atividade contratada. Segundo o § 1º do art. 4º-A, “a empresa prestadora de

---

41 “Art. 2º (...) § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a *direção, controle ou administração de outra*, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.” (NR)

## DOCTRINA

serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores”, ou subcontrata a atividade a outra empresa. Por sua vez, dispõe o § 1º do art. 5º-A ser “vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços”.

Desses enunciados deflui, primeiro, um comando de direção exclusiva dos trabalhos pela empresa prestadora e, por conseguinte, de *subordinação exclusiva* dos trabalhadores terceirizados à empresa contratada. Com isso, a norma jurídica impede qualquer traço de subordinação dos empregados terceirizados à empresa tomadora, vedando a esta o exercício de poder diretivo sobre a atividade daqueles trabalhadores. Trata-se de comando logicamente decorrente da característica de alteridade da empresa contratada e, portanto, de sua autonomia administrativa, operacional e financeira para execução da atividade. Diz respeito, enfim, ao modo como é devido à prestadora administrar seus recursos humanos na execução do contrato, sob pena de figurar como intermediadora de mão de obra.

Os enunciados legais referidos não deixam dúvida sobre a finalidade protetiva da higidez do vínculo de emprego com a empresa prestadora, a fim de não permitir a utilização do contrato comercial para mascarar comercialização de mão de obra, somente admitida nas hipóteses do art. 2º da Lei nº 6.019/74, que regula o regime de trabalho temporário.

Para isso, na execução da atividade contratada a prestadora deve dirigir com exclusividade o trabalho de seus empregados, direcionando essa força de trabalho exclusivamente às atividades específicas objeto do contrato. O exercício de comando diretivo pela empresa tomadora sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que em intensidade relativa, rarefeita ou compartilhada, revela alguma medida de controle sobre o processo produtivo da atividade terceirizada, em violação ao disposto no *caput* dos arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/74, ultrapassando-se a divisa do contrato de prestação de serviços em direção à intermediação de mão de obra.

O enunciado do § 1º do art. 5º-A, particularmente, apresenta amplo comando deontológico, que merece detida análise. Ao vedar à empresa contratante a utilização de trabalhadores em atividades distintas da contratada, visa a norma, primeiramente, impedir que na terceirização interna em que a atividade contratada se realiza no ambiente da empresa tomadora, esta, por sua proximidade com os empregados terceirizados, se imiscua na direção de seu trabalho, inclusive para utilizá-lo em finalidade diversa da prevista no contrato de prestação de serviços. Visa a norma, em suma, afastar a subordinação jurídica do empregado terceirizado à empresa contratante.



## DOCTRINA

Em segundo plano, ainda se extrai do enunciado a vedação de que, nos contratos de terceirização externa, realizada em ambiente diverso do da tomadora, esta exija a execução de serviço “em atividade distinta daquelas que foram objeto do contrato (...)”. Nesse sentido, a norma sobreleva importância à formalização do contrato de prestação de serviços, com especificação da atividade contratada (nos termos do art. 5º-B, inciso II, que exige, na formulação contratual, a “especificação do serviço a ser prestado”), e determina a execução precisa dessa atividade nos limites da contratação. A inobservância desse limite também implica descaracterização do contrato, com a consequência que há muito se vem apontando.

Portanto, em suma, quanto ao modo de execução da atividade, o regime de emprego terceirizado cede à formação de vínculo direto entre o trabalhador e empresa tomadora, quando: a) a empresa prestadora não exerce com exclusividade a direção do trabalho de seus empregados, abrindo mão ou compartilhando essa direção com a empresa tomadora; b) a empresa tomadora exerce algum comando diretivo sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que de forma relativa, rarefeita ou compartilhada, revelando exercício de controle sobre o processo produtivo da atividade; e c) a empresa tomadora exige e a prestadora realiza, com a mão de obra empregada, atividade distinta daquela prevista no contrato de prestação de serviço.

*(iii) Capacidade econômica da empresa prestadora para execução do contrato*

Um terceiro marco jurídico da prestação de serviço, sob o regime da Lei nº 6.109/74, diz respeito à exigência de capacidade econômica da empresa prestadora para execução da atividade contratada. É o que se infere da previsão do *caput* do art. 4º-A da Lei nº 6.019:

“Art. 4º-A. 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.*” (sem destaque no original)

Capacidade econômica diz respeito à disponibilidade de ativos capazes de se remunerar, no exercício da atividade produtiva, constituindo a totalidade das riquezas disponíveis, suficientes ao cumprimento das obrigações contraídas. Exige a norma que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação das obrigações comerciais, sociais,

trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.

Essa exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, de que trata o art. 4º-A, não se confunde, portanto, com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-B, III, da Lei nº 6.019/2017, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados.

O capital social é figura diversa do patrimônio líquido empresarial. No escólio de José Edwaldo Tavares Borba, capital social constitui o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica, voltado a viabilizar o início da vida econômica da sociedade, enquanto o patrimônio líquido resulta da diferença entre valores ativos (dinheiro, imóveis, créditos, etc.) e passivos (dívidas de financiamentos, débitos comerciais, encargos trabalhistas, tributários, etc.) da pessoa jurídica. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo. A esse respeito, é oportuna a transcrição da seguinte passagem doutrinária:

“Verifica-se, por conseguinte, que o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia a dia da empresa – a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando. O patrimônio inicial da sociedade corresponde a mais ou menos o capital. Iniciadas as atividades sociais, o patrimônio líquido tende a exceder o capital, se a sociedade acumular lucros, e a inferiorizar-se, na hipótese de prejuízos.”<sup>42</sup>

O patrimônio líquido é mais abrangente que o capital social, pois, além do próprio capital, que tem seu valor expresso em termos históricos, compreende todos os demais bens que podem ser objeto de contabilidade, em cada momento, de modo que somente o patrimônio líquido é capaz de expressar a condição econômica da empresa com base na cotação de mercado de seus bens integrantes. Sobre esse ponto, Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro registram com precisão:

“O capital social não se confunde com o patrimônio social, que é formado pelo conjunto de bens e direitos pertencentes à sociedade empresária. Raramente, os dois são coincidentes, a não ser no ato de

---

42 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

sua constituição. A partir do momento em que a sociedade empresária começa a operar, há despesas, gastos e perdas que poderão diminuir seu patrimônio, ou ainda ganhos que venham a aumentá-lo, permanecendo, entretanto, intactos o capital social.<sup>743</sup>

Nessa esteira, embora o capital social constitua medida do potencial econômico da pessoa jurídica, é seu patrimônio que garante a satisfação de seus compromissos perante seus credores. O capital resultante da contribuição dos sócios é contabilizado no passivo não exigível e, portanto, não pode ser diretamente utilizado para pagamento aos credores. São os bens do ativo da sociedade, nos quais o capital se converteu, e não o capital social em si mesmo, que constituem objeto de execução pelos credores.

À luz dessas premissas, o capital social mínimo exigido como requisito de funcionamento da pessoa jurídica (art. 4º-B, III) não retrata a real capacidade econômica da empresa para satisfazer os compromissos decorrentes da execução do contrato (art. 4º-A, *caput*). A exigência de capital social mínimo visa a garantir que os sócios confirmam à empresa aporte econômico inicial compatível com sua estrutura funcional para inibir a entrada de pessoas jurídicas destituídas de qualquer lastro econômico no mercado, mas se trata de exigência formal e estática, dirigida à empresa prestadora de serviço como condição de funcionamento.

Já a exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato (art. 4º-A, *caput*) diz respeito à condição patrimonial da pessoa jurídica, que, segundo a norma, deve ser compatível com os compromissos decorrentes da execução de cada contrato de prestação de serviço por ela firmado. Trata-se de exigência dinâmica, dirigida a ambas as empresas contratantes, aferível a cada momento e em relação a cada contrato de prestação de serviço.

Reconhecendo a realidade de profundo risco de disseminação no mercado de empresas sem aporte patrimonial suficiente para assumir contratos de prestação de serviço com autonomia financeira, administrativa e operacional, destinada a figurar como meras intermediárias de contratos de emprego, em desvio de finalidade e em fraude contra o regime direto de emprego entre o trabalhador e o beneficiário final de sua mão de obra, o legislador ordinário elevou a capacidade patrimonial da empresa prestadora para execução do contrato a requisito de validade do próprio contrato, imputando à empresa contratante o

---

43 BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 147.

## DOCTRINA

dever de eleição de empresa economicamente idônea e de fiscalização de sua condição econômica no curso da execução contratual.

A norma jurídica parte da premissa de que a empresa prestadora que não detém capacidade econômica para sua execução não dispõe de estrutura material mínima para prestar o serviço com autonomia em relação à empresa tomadora. Trata-se de medida de preservação do instituto da prestação de serviço, em face do Direito do Trabalho, que exige para reconhecimento da validade dos contratos de emprego terceirizados que o empregador assuma os riscos de sua atividade econômica (CLT, art. 2º).

Dessa forma, enquanto o capital social mínimo constitui requisito de funcionamento da empresa prestadora de serviço, aferível objetivamente à vista do seu número de empregados, a capacidade econômica constitui condição de validade de cada contrato de prestação de serviço, a ser observada pela empresa contratada e garantida pela empresa contratante, a partir da contratação e no curso do contrato, por meio da fiscalização contínua da condição patrimonial da contratada, para fazer face aos compromissos do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas.

Trata-se de verdadeiro requisito de configuração contratual, na medida em que a norma do art. 4º-A, citada, somente “considera” como prestação de serviço a transferência da execução de atividade a empresa “que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”; *a contrario sensu*, a norma não considera prestação de serviço a transferência da execução de atividade a empresa inidônea, sem capacidade econômica para executá-la, por ausência de autonomia financeira e operacional da empresa contratada, suficiente para configurar intermediação ilícita de mão de obra.

Importa verificar, nesse passo, como se configura a capacidade econômica da empresa prestadora de serviço.

Em primeiro plano, essa capacidade econômica depende do *preço do serviço*, previsto no contrato (art. 5º-B, III).

Notadamente nas atividades que demandam emprego exclusivo ou predominante de mão de obra, a exemplo de serviços de limpeza, conservação, telefonia, vigilância, etc., em que a folha de pagamento constitui o custo central da operação, a capacidade econômica da empresa prestadora depende predominantemente da pactuação de preço que compreenda a totalidade dos custos operacionais do contrato (obrigações comerciais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias, etc.). Quanto aos custos trabalhistas especialmente, é indispensável que o preço contratual ofereça cobertura à totalidade dos direitos legais e

negociais relativos à categoria profissional envolvida, além da margem de lucro, sob pena de inexecução contratual, com conseqüente inadimplemento dos direitos laborais dos trabalhadores envolvidos, como tão comumente se observa na realidade do mercado de terceirização.

Os créditos contratuais devidos pela contratante à contratada, relativos ao preço do serviço, constituem ativos que integram o patrimônio da contratada, repercutindo em sua capacidade econômica. Para isso, no entanto, o preço do serviço deve contemplar a totalidade dos custos operacionais do contrato, projetados em valores condizentes com a realidade de mercado. Nesse sentido, portanto, a capacidade econômica da empresa contratada pressupõe que o preço do serviço seja composto com base em planilha de custos condizente com a realidade do contrato.

Sendo o preço contratual insuficiente à operacionalização do contrato, ainda assim compete à empresa contratada satisfazer sua execução, especialmente quanto às obrigações trabalhistas dotadas de caráter alimentar, tendo em vista que ao empregador a norma do art. 2º da CLT atribui os riscos da atividade econômica. Em tal hipótese, no entanto, também é evidente a participação ativa da empresa contratante no descumprimento da exigência legal (de capacidade econômica compatível com a execução do contrato), eis que lhe aproveita o pagamento do preço irrisório sabidamente prejudicial aos direitos dos credores (inclusive trabalhistas) da empresa contratada. Trata-se de conduta fraudulenta, porque é voltada a burlar a formação de vínculos de emprego com o tomador de serviço por meio de contratação de serviço eivada de vício de finalidade, em violação ao marco jurídico do instituto.

Além disso, independente do preço pactuado pelo serviço, também constitui desvio à figura da prestação de serviço (art. 4º-A, *caput*) a contratação de empresa sabidamente inidônea – devedora habitual de obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço e/ou destituída de estrutura material mínima compatível com a dimensão do contrato –, cuja capacidade econômica esteja comprometida por esses e outros passivos aferíveis à época da contratação. Em tal situação, ainda que o preço pactuado pelo serviço seja compatível com a execução do contrato, a situação de insolvabilidade estrutural da empresa sugere a utilização de ativos desse contrato para satisfação de débitos oriundos de outras operações, ensejando alto risco de inexecução contratual.

Mas, conforme se verá adiante, a contratação de empresa sem capacidade econômica compatível com a execução do contrato não se restringe a questão

de responsabilidade patrimonial da empresa contratante, mas implica elisão do próprio instituto da prestação de serviço.

Se a perda de capacidade econômica for superveniente à celebração do contrato, no curso de sua execução, e sendo possível à contratante aferi-la por medida de fiscalização, cabe-lhe promover a resolução do contrato, na forma do art. 475 do CCB<sup>44</sup>, ou exigir da contratada garantia bastante para satisfazer as obrigações legais, na forma do art. 477 do CCB, o que corresponde à recuperação da capacidade econômica<sup>45</sup>. Sem adotar medidas dessa natureza, a contratante infringe a tipicidade contratual, sujeitando-se à condição de empregadora dos trabalhadores envolvidos, por ilicitude ulterior à formalização contratual.

Também pode ocorrer que a perda superveniente de capacidade econômica decorra de aumento dos custos contratuais (como a elevação tributária, reajuste do valor salário mínimo, aumento de direitos previstos em normas coletivas, etc.), sem o correspondente reajuste do preço contratual, para garantir o equilíbrio econômico do contrato. Nessa hipótese, a perda da capacidade econômica da contratada aproveita à contratante, a quem a norma atribui dever de fiscalização do equilíbrio contratual, sendo, por isso, elemento suficiente para descaracterizar a prestação de serviço. Para evitar essa situação, cabe à empresa contratante zelar pelo equilíbrio econômico do contrato, promovendo o reajustamento do preço do serviço sempre que se verificar insuficiente.

A configuração de fraude ao contrato de prestação de serviço, nesses casos, independe do inadimplemento de direitos trabalhistas, sendo suficiente o risco efetivo e concreto, pois a norma que erige a capacidade econômica da empresa prestadora a condição de validade contratual visa a prevenir a situação de dependência econômica e operacional da empresa prestadora à sua contratante, suficiente para desfigurar a prestação de serviço.

Portanto, o descumprimento de direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, à luz da legislação em estudo, não enseja ilicitude automática da prestação de serviço, por ausência de capacidade econômica da empresa empregadora. Esse inadimplemento pode constituir indício da ausência ou da perda ulterior da capacidade econômica, mas também pode decorrer de fator alheio à capacidade econômica da prestadora. Nessa última hipótese, mantido

---

44 “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

45 “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

incólume o contrato de prestação de serviço, deve a contratante responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, nos termos do § 5º do art. 5º-A da Lei nº 6.019:

“§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Essa garantia à satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora, com patrimônio da contratante, reforça a noção da capacidade econômica da prestadora como requisito de validade contratual. Não se justificaria tal exigência como mera garantia de satisfação de obrigações contratuais, inserida no conceito do instituto regulado pela legislação específica (a prestação de serviço), se não estivesse a serviço da identificação de seus elementos essenciais, pois a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, prevista na norma do § 5º, já constituiria medida suficiente de garantia de satisfação de direitos dos trabalhadores. Por sua vez, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias também se encontra lastreada em norma de responsabilidade patrimonial da empresa tomadora.

A capacidade econômica da empresa prestadora de serviço, muito além disso, é medida divisória entre a prestação de serviço e a intermediação de mão de obra, por constituir elemento de afirmação da autonomia financeira e operacional da empresa contratada.

Do exposto se extraem duas consequências imediatas:

a) *a responsabilidade subsidiária da empresa contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação*: caso venha a se descaracterizar a prestação de serviço, por vício de origem ou por vício superveniente à contratação (p. ex., por ausência originária ou por perda superveniente de capacidade econômica da empresa contratada), em vez de mera responsabilidade subsidiária à empresa tomadora, a norma do art. 4º-A, *caput*, atribui responsabilidade principal por todas as obrigações trabalhistas, na condição de empregadora dos trabalhadores envolvidos, por fraude contratual (CLT, art. 9º);

b) *a responsabilidade subsidiária da empresa contratante independe de configuração de culpa in elegendo ou in vigilando da empresa contratante*: diversamente do que ocorre no âmbito da Administração Pública, em que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 veda a transferência automática de responsabilidade patrimonial ao ente público contratante, pelo fato do inadimplemento

de obrigações pela empresa contratada (STF, ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 760.931/DF, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Rosa Weber, *leading case* do Tema nº 246 de Repercussão Geral), o referido art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019 expressamente atribui responsabilidade subsidiária à empresa contratante, no âmbito privado, por mero inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Trata-se, portanto, de responsabilidade subsidiária automática, que se configura no âmbito de um contrato lícito de prestação de serviço e que não discrepa, portanto, da responsabilidade subsidiária prevista no inciso IV da Súmula nº 331 do TST<sup>46</sup>.

Esses são, enfim, os elementos essenciais do contrato especial de prestação de serviços interempresariais, à luz da legislação reformista, e que se aplicam indistintamente a contratos firmados em atividades finalísticas e instrumentais da empresa tomadora, sem embargo da inconstitucionalidade da terceirização em atividade-fim.

### 3 – CONCLUSÕES

Na esteira do posicionamento sustentado pelo Ministério Público, são inconstitucionais os dispositivos da Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, que autorizam terceirização de atividades finalísticas em empresas privadas e empresas estatais exploradoras de atividade econômica, tendo conta três ordens de fundamentos: (i) por violar o regime constitucional de emprego socialmente protegido e os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, que lhe são consectários, previstos nos arts. 1º, IV; 7º a 11; 170, VII e VIII; e 193 da Constituição; (ii) por esvaziar a função social constitucional da empresa, em violação aos arts. 1º, IV; 5º, XXIII; e 170, III, c/c arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º; e 227 da Carta Magna, e (iii) por ofender a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, assentada nos arts. 37 e 173, § 1º, II, da Constituição, além de violar o princípio constitucional da organização funcional da administração pública (CF/88, art. 37).

Na primeira ordem de fundamentos, a terceirização de atividade-fim esvazia a garantia constitucional da relação de emprego socialmente protegida (CF/88, art. 7º, I) como fonte dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF/88, arts. 7º a 11 da Constituição).

---

46 “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”



## DOCTRINA

Na segunda ordem de fundamentos, a terceirização de todas as atividades empresariais, ao viabilizar a figura da empresa sem empregados, viola a função social constitucional da empresa. Afronta o princípio do valor social da livre-iniciativa como fundamento da República (CF/88, art. 1º, IV) e a função social da propriedade (CF/88, art. 5º, XXIII) como princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, III). A indústria sem industriários, o comércio sem comerciários e a agricultura sem trabalhadores rurais, sem gerarem emprego direto dotado de máxima eficácia protetiva, furtam-se de cumprir sua função social traduzida especialmente em missões comunitárias que lhe imputam a ordem legal e constitucional.

Na terceira ordem de fundamentos, a terceirização de atividades finalísticas no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista viola o princípio constitucional da impessoalidade (CF/88, art. 37, *caput*), densificado na regra constitucional do concurso público (CF/88, art. 37, II e § 2º). Contraria a jurisprudência do STF que submete à regra do concurso público as empresas públicas e sociedades de economia mista (MS 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard) e que veda substituição de empregados públicos concursados por contratos civis de prestação de serviços para realização das atividades principais de empresas estatais (ADI 890/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa). Viola, por fim, o *princípio constitucional da organização funcional da administração pública*, que pressupõe a imposição constitucional de um quadro próprio e estável de agentes públicos diretamente vinculados à administração pública, organizado e profissionalizado para o exercício contínuo das atividades que integram as competências estatais (CF/88, art. 37).

Não obstante essa linha de considerações estruturada no plano do controle de constitucionalidade, essencial à preservação da ordem trabalhista constitucional democrática, as disposições relativas à terceirização, inseridas na Lei nº 6.019/64 pela Lei da Reforma Trabalhista, desafiam interpretação sistemática e teleológica como elementos inseridos no ordenamento jurídico-trabalhista e que, por isso, demandam leitura harmoniosa com seus objetivos humanistas e seus princípios promotores de segurança social.

Nessa esteira, em caráter subsidiário à tese de inconstitucionalidade da terceirização em atividades finalísticas, o estudo se encaminhou a analisar os marcos jurídicos do novo modelo de terceirização instituído pela Lei da Reforma Trabalhista, à luz de uma compreensão axiologicamente integrada ao ordenamento jurídico-trabalhista, capaz de ensejar soluções normativas que minimizem as repercussões deletérias do fenômeno sobre a proteção social do trabalhador.

A prestação de serviço, sob o regime da Lei nº 6.019/74, com as inserções e alterações promovidas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, se submete a marcos jurídicos que delimitam sua configuração, como contrato típico, e o regime

## DOCTRINA

de emprego terceirizado, dele decorrente, por sua reduzida eficácia protetiva, constitui modelo excetivo ao regime geral de emprego constitucionalmente garantido, firmado entre o trabalhador e a empresa beneficiária final de sua mão de obra.

A nova legislação fixa como marcos jurídicos da prestação de serviço essenciais à sua configuração: (i) a transferência da execução de atividade de uma empresa a outra, como objeto contratual; (ii) o modo autônomo de execução do contrato, pela empresa prestadora de serviço, nos limites do contrato; e (iii) a capacidade econômica da empresa prestadora para executar o contrato.

(i) O contrato de prestação de serviço tem por objeto a transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviço (art. 4º-A, *caput*), cujo funcionamento observe os requisitos formais do art. 4º-B (inscrição no CNPJ, registro na Junta Comercial e capital social mínimo compatível com o número de empregados). A transferência da execução da atividade por meio de contrato pressupõe autonomia formal, organizacional, administrativa, finalística e operacional da empresa contratada, à qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção da atividade, sem interferência da contratante, que figura como credora do resultado útil, pronto e acabado.

Configura fraude ao regime geral de emprego o uso de contrato de prestação de serviço para mera transferência de vínculos formais de emprego à empresa contratada, sem transferência efetiva da execução da atividade.

(ii) As atividades objeto do contrato de prestação de serviço devem ser executadas sob direção exclusiva da empresa prestadora e nos limites do contrato. Disso decorre que (a) deve a empresa prestadora contratar e remunerar seus empregados, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (arts. 4º-A, § 1º) e (b) deve a empresa contratante abster-se de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviços para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º).

Configura-se o desvio de finalidade do contrato de prestação de serviço, com conseqüente formação de vínculo direto entre trabalhador e empresa tomadora, quando, na execução da atividade: (a) a empresa prestadora não exerce com exclusividade a direção do trabalho de seus empregados, abrindo mão ou compartilhando essa direção com a empresa tomadora; (b) a empresa tomadora exerce algum comando diretivo sobre o trabalho dos empregados da prestadora, ainda que de forma relativa, rarefeita ou compartilhada, revelando exercício de controle sobre o processo produtivo da atividade; e (c) quando empresa tomadora exige e a prestadora realize, com emprego da mão de obra empregada, atividade distinta daquela prevista no contrato de prestação de serviço.

## DOCTRINA

(iii) A atividade deve ser transferida a empresa que possua capacidade econômica compatível com a execução do contrato (art. 4º-A, *caput*), o que não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, para funcionamento da empresa de prestação de serviço. A capacidade econômica diz respeito à situação econômica positiva da empresa para cumprir todos os compromissos decorrentes da execução do contrato (obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade) e constitui pressuposto de autonomia financeira e operacional da empresa, para prestar e oferecer a prestação de serviço no mercado.

Essa capacidade econômica deve ser aferida pela empresa contratante e estar presente, portanto, no ato da contratação e no curso da execução contratual. São elementos configuradores de ausência de capacidade econômica no ato da execução contratual: (a) pactuação de preço contratual insuficiente à cobertura de todos os custos operacionais do contrato (obrigações comerciais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias, etc.), e/ou (b) a situação de inidoneidade econômica estrutural da empresa devedora habitual de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço, e da empresa destituída de estrutura material, administrativa e organizacional mínima compatível com a dimensão do contrato, cuja capacidade econômica esteja comprometida por esses e outros passivos aferíveis à época da contratação ou no curso do contrato.

A perda superveniente da capacidade econômica, inclusive por defasagem do preço do serviço em face da elevação dos custos contratuais (elevação tributária, reajuste do valor salário mínimo, aumento de direitos previstos em normas coletivas, etc.), implica perda ulterior de requisito de validade contratual, ensejando sua ilicitude, se a empresa contratante não adotar posturas voltadas a preservar a execução contratual: (a) na hipótese de defasagem do preço do serviço, promover sua adequação para garantir o equilíbrio econômico do contrato; (b) nas demais hipóteses, promover a resolução do contrato (CCB, art. 475) ou exigir da contratada garantia bastante para satisfação das obrigações legais, o que corresponde à recuperação de sua capacidade econômica (CCB, art. 477).

A inobservância dessas condutas, pela empresa contratante, implica violação da tipicidade contratual, ensejando desconfiguração da prestação de serviço e caracterização de fraude contra o regime de emprego (CLT, art. 9º), com formação de vínculos de emprego diretamente entre os trabalhadores e a empresa tomadora de suas atividades, por ausência de autonomia financeira e operacional da empresa contratada.

## DOCTRINA

Para afastar a licitude do contrato de prestação de serviço, a ausência de capacidade econômica da empresa contratada deve ser aquela passível de aferição pela empresa contratante, pelos meios ordinários de fiscalização. A ausência de diligência, nesse sentido, configura culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*, que conduz ao afastamento da prestação de serviço e ao reconhecimento de vínculos de emprego.

O inadimplemento de direitos trabalhistas dos empregados terceirizados pela empresa prestadora, embora possa constituir forte indício de sua incapacidade econômica, não enseja ilicitude automática da prestação de serviço. Decorrendo de fator alheio à capacidade econômica da prestadora ou de incapacidade econômica impossível de aferição pela contratante, o inadimplemento enseja apenas sua responsabilidade subsidiária (art. 5º-A, § 5º).

A responsabilidade subsidiária da empresa contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação, não dependendo de configuração de culpa *in elegendo* ou *in vigilando* da empresa contratante. Trata-se de responsabilidade patrimonial automática e objetiva, pelo fato do inadimplemento, nos moldes da responsabilidade prevista no item IV da Súmula nº 331 do TST.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. Com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

POCHMANN, Marcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no site do SINDEEPRES – Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros. São Paulo.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 07, jul. 2003.

VIEIRA, Paulo Joarês; FONSECA, Vanessa Patriota da (Coord.). *Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação*. Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – Ministério Público do Trabalho. Brasília: MPT. No prelo.