



LIMITES À VALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Flávia Budal Guenther¹

Resumo: Trata-se de estudo voltado a analisar os limites jurídicos da terceirização de serviços no cenário jurídico atual, tendo em conta a consagração do entendimento de que “é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada” (RE 958252), com repercussão geral reconhecida, e, no mesmo sentido, a tese firmada na Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 324, a qual, na forma do art. 102, §2º, da Constituição da República de 1988 e do art. 927, inciso I, do Código Civil, vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. A partir desse novo cenário jurídico, pretende-se desvelar o que de fato foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal e quais os limites jurídicos para a validade da contratação da terceirização de serviços, considerando o disposto na Lei n. 6.019/1974 após a alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017.

145

Palavras-chave: Terceirização de serviços. Intermediação de mão de obra. Subordinação. Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

O critério amplamente adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, consagrado na Súmula n. 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho, baseia-se em processo interpretativo normativo dedutivo, a partir: a) de três normas gerais da CLT que estabelecem os conceitos legais de empregador e empregado (arts. 2º e 3º

¹ Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista Judiciária. Assistente da Desembargadora Lília Leonor Abreu no TRT12.

da CLT) e a vedação à fraude na configuração desse vínculo (art. 9º da CLT); b) da norma internacional que veda a mercantilização do trabalho humano (Declaração de Filadélfia de 1944, relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, item I, “a”); e c) da presunção de esvaziamento da função constitucional da empresa pela subcontratação de atividade relacionada à execução do seu objeto social (arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CRFB e art. 966 do Código Civil).

Ocorre que, no dia 30-8-2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja em atividade-meio seja em atividade-fim, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida.

A tese de repercussão geral aprovada pelo STF no julgamento do RE 958252 está assim definida: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

Na ADPF 324, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

Ambas as ações foram propostas antes do início da vigência da alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017 na Lei n. 6.019/1974, que passou a prever, no *caput* do seu art. 4º-A, a possibilidade de transferência da prestação de serviços de qualquer atividade, incluída aquela principal da contratante.

A partir desse novo cenário jurídico, pretende-se desvelar o que de fato foi decidido e quais os limites da licitude da terceirização de serviços, tendo em conta que, na forma do art. 102, §2º, da Constituição da República de 1988 e o art. 927, inciso I, do Código Civil, o resultado do

julgamento do Supremo Tribunal Federal vincula não só o Poder Judiciário, mas, também, a Administração Pública direta e indireta.

Isso porque o critério adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, passa a ser insuficiente na verificação dos limites jurídicos à licitude da terceirização dos serviços, o que não importa se entender pela ausência de qualquer limitação. Cabe ao intérprete e aplicador da norma, pois, a tarefa de verificar quais são esses limites, diante do novo cenário jurídico, à validade da contratação de prestação de serviços por empresa interposta.

2 TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. LIMITAÇÃO PELO NÍVEL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E PELA ESPECIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS OU PRODUTOS FORNECIDOS

147

A ideia de terceirização tal qual concebida atualmente surge no período da Segunda Guerra Mundial, momento no qual as empresas produtoras de armas, sobrecarregadas com a demanda, passaram a subcontratar serviços relacionados a atividades-meio, a fim de concentrar a própria atividade empresarial na produção de armas (MARTINS, 2018, p. 22). O fenômeno da terceirização nasce, pois, como estratégia na forma de administração das empresas, de modo a estabelecer modelo de gestão empresarial, possibilitando a contratação de uma empresa prestadora de serviços para a realização de atividades específicas da tomadora, cujo objetivo principal é trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa, com o melhor aproveitamento do seu processo produtivo (MARTINS, 2018, pp. 31-32).

Ocorre que das novas formas de organização da produção, sempre voltadas à maximização dos lucros e redução de custos, decorrem as mudanças na estruturação das empresas e nas formas de prestação do trabalho. Nesse sentido, a transição do modelo taylorista-fordista – caracterizado pela organização de tarefas de trabalho decompostas para o máximo aproveitamento dos movimentos dos operários e a concentração de

todas as etapas da produção em um mesmo local - para o modelo toyotista - resultante da revolução nos meios de comunicação, da globalização e da saturação do mercado de consumo – é marcada pelo surgimento de um regime de acumulação de capital flexível, pela organização descentralizada e horizontalizada da estruturação da empresa e pela descentralização de parte da sua produção a outras empresas, com ênfase na ideia de “empresa enxuta” (CARELLI, 2000, pp. 27-47).

Surge, pois, com a consolidação do modelo toyotista uma nova forma de terceirização, de etapas da cadeia produtiva, ligadas ao objeto social empresarial ou à atividade principal da empresa terceirizante, também denominada de *outsourcing* ou *offshoring*, esta quando em referência à descentralização da atividade produtiva ao redor do globo, com o objetivo de reduzir os custos da produção (MIZIARA, 2019, p. 149).

148 A terceirização não é um instituto jurídico, tratando-se de técnica administrativa para possibilitar a especialização dos serviços empresariais, podendo ser conceituada como “o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa” (CARELLI, 2000, pp. 59-60).

Para o Direito do Trabalho, a “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente” (DELGADO, 2018, p. 534). Por meio dela, o trabalhador se insere no processo produtivo do tomador de serviços sem que a ele se estendam os laços justralhistas da empresa que se beneficia do trabalho prestado, caracterizando-se, pois, como modalidade de exceção na contratação da força de trabalho.

Nessa perspectiva, cabe ressaltar que o direito ao trabalho é garantido constitucionalmente como direito social fundamental (art. 6º), constando a sua valorização como princípio fundamental da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), sendo o primado do trabalho base da ordem social (art. 193), o que conduz à conclusão de que o ordenamento jurídico se orienta necessariamente pela valorização do trabalho e do trabalhador. Desse modo, a Constituição de 1988, ao prever o direito social fundamental ao trabalho, implicitamente compreende nesse

direito o trabalho digno, ou seja, “o direito a um trabalho minimamente protegido” [...] “capaz de viabilizar a emancipação do trabalhador, além de sua identidade social e coletiva” (DELGADO, 2013, p. 254).

Portanto, o trabalho não representa na ordem jurídica mero recurso econômico destinado à subsistência do indivíduo, mas fator de promoção da dignidade humana, de sua inclusão social, possibilitando a integração do indivíduo à sua comunidade.

Destaco, nesse sentido, da doutrina de Lorena Vasconcelos Porto:

O trabalho não é apenas fonte de subsistência, mas meio por excelência de realização pessoal e de integração comunitária, social e política, o que somente ocorre quando é exercido com dignidade. Desse modo, ao assegurar o direito fundamental ao trabalho, a Constituição Federal de 1988 está se referindo, necessariamente, ao trabalho digno, excluindo todas as formas de degradação e coisificação do ser humano e, portanto, a terceirização sem limites. (PORTO, 2014, p. 162)

A terceirização de serviços encontra limites, assim, na especialização dos serviços contratados ou produtos fornecidos, ou seja, na realização de serviços específicos para os quais a empresa prestadora dos serviços foi contratada, podendo importar redução dos encargos trabalhistas exclusivamente em decorrência da supressão de custos operacionais relativos ao serviço especializado, e não da precarização das condições de trabalho.

Os limites para a validade da terceirização de serviços são delineados, também, por Jorge Luiz Souto Maior:

[...] a terceirização só se concretiza, validamente, no sentido de manter a relação de emprego entre os trabalhadores e a empresa prestadora quando a prestadora de serviços possua uma atividade empresarial própria, assumindo o risco econômico, que é próprio da atividade empresarial, e a sua contratação se destine à realização de serviços especializados, isto é, serviços que não sejam indispensáveis ou permanentes no desenvolvimento da atividade produtiva da empresa contratante (tomadora), configurando-se, por isso, uma situação excepcional e com duração determinada dentro do contexto empresarial da empresa tomadora (SOUTO MAIOR, 2004, p. 123).

Ademais, a utilização da terceirização como técnica administrativa que visa possibilitar a especialização dos serviços empresariais e, por

consequência, a eficiência da produção, encontra limites no nível da prestação de serviços, ou seja, é cabível a contratação de serviço terceirizado, mas não a contratação de fornecimento de mão de obra.

Nesse sentido, consolidou-se o entendimento consubstanciado no item I da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário”.

No âmbito internacional, a mercantilização do trabalho humano é expressamente vedada pela Declaração de Filadélfia de 1944, relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (item I, “a”), da qual o Brasil é membro fundador e participa da Conferência Internacional do Trabalho, principal órgão da entidade, desde sua primeira reunião. E a proibição da mercantilização do trabalho decorre da constatação fática que não se pode separar o trabalho do indivíduo que o exerce, de modo que a dignidade humana há ser o vetor axiológico na solução do aparente conflito entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CRFB).

150

Nessa perspectiva, cabe ao aplicador do Direito verificar a existência, ou não, de fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), quando não se caracterizar verdadeira terceirização de serviços, mas intermediação de mão de obra travestida de terceirização, esta vedada pelo ordenamento jurídico. Verifica-se, pois, que o critério amplamente adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, deve ser considerado secundário, sendo limite essencial à caracterização da verdadeira terceirização que não se configure a mera intermediação de mão de obra.

Conforme explica Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “a terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta” (GARCIA, 2017, p. 56).

Sérgio Pinto Martins, no mesmo sentido, verifica que a solução do problema está na configuração da intermediação de mão de obra: “a terceirização ilícita implica a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão de obra mais barata, com redução de salário e desvirtuamento da

relação de emprego” (MARTINS, 2018, p. 220).

Isso porque a possibilidade de terceirização de serviços deve ser entendida como a entrega de atividade periférica e específica a empresa especializada, para a prestação de serviços autônomos. Não existe, contudo, autorização legal para a terceirização de mão de obra, ou seja, o fornecimento de trabalhadores para atuação para a empresa tomadora dos serviços, com vistas à mera redução de encargos trabalhistas, o que implica precarização das condições de trabalho e violação ao direito de dignidade dos trabalhadores.

A intermediação de mão de obra é vedada pela ordem jurídica internacional e interna, porquanto causa ruptura no sistema jurídico trabalhista e possibilita que o homem seja tratado como um artigo de comércio, podendo ser livremente negociado, o que viola a centralidade do trabalho na ordem jurídica e seu papel referencial na construção da dignidade humana (artigos 1º, III e IV; 6º, 170, *caput*; e 193 da CRFB).

Os elementos, ou indícios, demonstradores da intermediação de mão de obra podem ser, essencialmente, reduzidos a três: a) gestão do trabalho pela tomadora dos serviços, indicador perfeito da existência de subordinação jurídica; b) falta de especialização da empresa contratada para um saber específico, distinto daquele que detém a contratante; e c) prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços, ou seja, o objeto contratual não pode se satisfazer com o mero emprego de mão de obra, sendo necessário conhecimento técnico específico e estrutura de apoio operacional com a utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato (CARELLI, 2000, pp. 95-105).

Há ressaltar que, muito embora aparentemente o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 958252 e ADPF 324 tenha buscado tornar claro que a legalidade da terceirização de serviços, ou da atividade, não está relacionada à dicotomia entre atividades-meio e atividades-fim, não se vislumbra do entendimento firmado a autorização para o mero fornecimento de mão de obra, hipótese que permanece vedada pela ordem jurídica.

Assim, configurada a mera intermediação de mão de obra, ambas as empresas devem responder solidariamente pelo dano do trabalhador decorrente da terceirização ilícita, na forma do art. 942 do Código Civil

(aplicável na forma do art. 8º, §1º, da CLT), em virtude de terem ambas participado da lesão imposta ao direito do trabalhador.

3 CARACTERIZAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA FRENTE ÀS NOVAS FORMAS DE TRABALHO. LIMITAÇÃO PELA OCORRÊNCIA DE PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO

Sucessivas revoluções no modo de exploração do trabalho humano, desde a escravidão, passando pela servidão até o trabalho “livre”, mostraram-se como simples adaptações às novas organizações econômico-sociais, de modo a compatibilizar técnicas mais adequadas e economicamente mais eficientes de exploração do trabalho humano ao modo de organização social então vigente. Assim, com a Revolução Industrial se consolida o capitalismo e, como forma de legitimar a exploração do trabalhador “livre” e estratégia para se racionalizar e potencializar a produção, surge a figura do trabalho subordinado, ou seja, a sujeição do trabalhador à organização da atividade produtiva (CARELLI, 2013, pp. 234-235).

152

Nesse contexto, importa destacar que o desenvolvimento no modo de exploração do trabalho humano faz emergir novas formas de relacionamento entre capital e trabalho e permite que os vários aspectos da prestação laboral se tornem flexíveis, sem prejuízo da direção e controle pelo empregador, tornando-os, ao mesmo tempo, mais intensos e eficientes, e menos visíveis (PORTO, 2014, p. 151).

Cabe ao Direito do Trabalho, pois, o papel de instrumento mediante o qual se equilibram capital e trabalho na sociedade contemporânea. Marcado pela nota da ambiguidade, por um lado visa a garantir um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores de modo a lhes assegurar dignidade no contexto da relação empregatícia; por outro, legitima a exploração do trabalho humano e a apropriação do lucro dele resultante por outrem (CARELLI, 2013, p. 233).

A estrutura da ordem jurídica trabalhista é formada, assim, por dois pilares: o princípio da proteção - relativizando a autonomia privada contratual por meio da imposição de normas cogentes, de ordem pública,

diante da natural hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica -; e a determinação legal da identidade do empregado e do empregador, pois vige no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, impossibilitando a burla dos direitos trabalhistas pela fuga da conceituação dos sujeitos da relação empregatícia (CARELLI, 2000, pp. 63-65). Essa estrutura visa, essencialmente, assegurar a concorrência leal entre as empresas e entre os trabalhadores, diante da necessidade de preservação de um núcleo mínimo de direitos destes, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana no contexto da relação empregatícia.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 prevê no art. 7º, inciso I, a relação de emprego socialmente protegida como direito fundamental e regra geral na contratação da força de trabalho, conformada historicamente a partir do elemento-base da subordinação, o qual representa a chave de acesso aos direitos e garantias trabalhistas. Os mandamentos da Constituição de 1988 de valorização do trabalho e que asseguram a dignidade da pessoa humana impõem, pois, uma releitura ampliativa, teleológica e universalizante do conceito de subordinação, de modo a conferir proteção jurídica ao trabalhador subordinado e economicamente hipossuficiente, ampliando o âmbito de incidência do Direito do Trabalho, e a concretizar o princípio da proteção que lhe é peculiar.

153

Passa-se, assim, a conceituar o elemento principal à caracterização da relação empregatícia, de modo a identificar os requisitos essenciais à configuração da subordinação, desde a sua acepção clássica ou tradicional até a ideia universalizante do conceito.

A subordinação clássica, típica do modelo taylorista-fordista, caracteriza-se pela heterodireção forte e constante da prestação dos serviços, com intenso acolhimento de ordens do tomador dos serviços pelo trabalhador e submissão desse a uma estrutura hierárquica e rígida. Esse modelo de produção, antes rentável e eficiente, deixou de sê-lo, em razão das mudanças na economia e no modo de produzir, não tendo sido alterada historicamente, contudo, a relação substancial de dependência econômica entre os sujeitos da relação de trabalho que fundamenta a tutela protetiva do trabalhador.

A subordinação objetiva, por sua vez, caracteriza-se pela “integração

do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador dos serviços” (DELGADO, 2018, p. 352), vinculando-se a subordinação a um critério objetivo, qual seja, a integração do trabalho prestado a uma atividade empresarial, traduzindo uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa.

Nessa perspectiva, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, a discussão acerca das transformações na estrutura do mercado de trabalho e do encobrimento da relação de emprego, com rebaixamento dos custos trabalhistas e prejuízo aos interesses dos obreiros, tomou forma na Recomendação n. 198 de 2006. Para fins de verificação acerca da existência de uma relação de trabalho, a Recomendação prevê que devem ser considerados principalmente os fatos relativos à execução do trabalho, consagrando, assim, o princípio da primazia da realidade (art. 9º). Consagra, ainda, a presunção legal da existência de uma relação de trabalho quando se verifiquem um ou mais indícios nesse sentido (art. 11), entre eles, a integração do trabalhador na organização da empresa (art. 13, “a”), o que aponta para uma ideia de subordinação objetiva.

154

Mauricio Godinho Delgado propõe ainda, em superação do conceito clássico de subordinação, a tese da subordinação estrutural, nos seguintes termos:

Estrutural é [...] a subordinação que se expressa 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. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonizar (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador dos serviços. (DELGADO, 2018, p. 352)

Cabe destacar que enquanto a doutrina italiana e a brasileira parecem se limitar a caracterizar a subordinação pela intensidade de sujeição do trabalhador ao controle da execução da prestação dos serviços, o que levou o Direito italiano a definir a figura da parassubordinação, com a correspondente atribuição de um patamar inferior de direitos, a doutrina espanhola verificou a insuficiência do conceito de subordinação, relacionando-a à alienação que se origina do contrato de trabalho (PORTO,

2009, pp. 220-231).

Parte a doutrina espanhola do pressuposto que o objeto do Direito do Trabalho é o trabalho por conta alheia, o que significa que os serviços prestados pelo trabalhador o são em benefício de outra pessoa, o empregador, que adquire tanto o direito ao trabalho prestado como a titularidade originária dos seus frutos por meio do contrato de trabalho, o que decorre da própria essência desse tipo especial de contrato. Assim, a subordinação corresponderia à alienação, traduzindo a transferência automática do resultado do trabalho daquele que o prestou a outra pessoa distinta, o que implica a alienação de todos os resultados desse trabalho: utilidade patrimonial e riscos de lucro ou prejuízo dele decorrente (PORTO, 2009, pp. 236-238).

Assim, o conceito de subordinação integrativa, concebido por Lorena Vasconcelos Porto, conjuga a noção de subordinação objetiva e de alienação, ou de critérios que excluem a autonomia da prestação dos serviços:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta atividade. (PORTO, 2009, p. 253)

Essa noção de subordinação integrativa se compatibiliza com a ideia de alteridade como requisito do vínculo de emprego, a qual obriga que todos os riscos da atividade econômica sejam suportados pelo empregador, na forma do art. 2º da CLT. Desse modo, a verificação da inexistência de autonomia na prestação de serviços passa a ser fundamental na caracterização da subordinação e, portanto, na definição do real empregador do trabalhador.

Assim, na qualificação das relações de trabalho controvertidas, o método de análise acerca da presença da subordinação na prestação laborativa deve primar, prioritariamente, pela verificação casuística de subordinação clássica, com a constatação de efetivas e intensas ordens patronais. Caso essa dimensão clássica não se faça presente, parte-se para uma noção mais ampla, com a análise da subordinação objetiva, estrutural ou integrativa,

preferindo-se esta última em virtude da conjugação a critérios que excluem a autonomia na prestação de trabalho.

De outro lado, e no mesmo sentido, a licitude da terceirização está limitada pela incoerência de pessoalidade entre o trabalhador e a empresa tomadora dos seus serviços, ou seja, pela potencial fungibilidade com relação ao prestador de serviços, de modo que seja possível a substituição intermitente de um trabalhador por outro ao longo da concretização dos serviços prestados.

Explica, quanto a esse aspecto, Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

No que se refere à empresa tomadora, não deve importar a pessoalidade quanto a quem está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade especializada contratada, sendo irrelevante a substituição de trabalhadores da prestadora. O ente tomador, na terceirização, contrata o serviço empresarial especializado, mas não a mão de obra ou certo trabalhador. (GARCIA, 2017, p. 58)

¹⁵⁶ A limitação da liberdade contratual do trabalho, base de criação do Direito do Trabalho pela sua regência por normas cogentes, impõe que, presentes os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação trabalhista (artigos 2º e 3º da CLT) na contratação da terceirização de serviços entre o trabalhador e o tomador desses serviços, o vínculo jurídico empregatício seja formado com o real empregador.

Portanto, permanecem - no cenário jurídico atual pós-Reforma Trabalhista e pós-decisões vinculantes prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria - como limites à licitude da terceirização de serviços a caracterização de quaisquer das espécies de subordinação expostas, ou a pessoalidade na prestação dos serviços.

4 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.467/2017 E DECISÕES PROFERIDAS PELO STF NO RE 958252 E ADPF 324. LIMITAÇÃO À VALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL

Em 30-8-2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja em atividade-

meio seja em atividade-fim (RE 958252 e ADPF 324).

Em ambos processos levados a julgamento (ADPF 324 e RE 958252) a discussão gira em torno da constitucionalidade, ou não, da vedação da terceirização de atividades-fim, em contraste com a permissão nas atividades-meio, conforme consolidado na Súmula 331 do TST.

Essas ações foram propostas antes do início da vigência da alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.467/2017 na Lei n. 6.019/1974, que passou a prever no *caput* do seu 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.

A vedação da intermediação de mão de obra persiste, contudo, tanto pelas teses prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo texto do artigo 4º-A, *caput*, transcrito, e §1º, da Lei 6.019/1974, que autoriza a transferência pela contratante da execução de qualquer de suas atividades a pessoa jurídica diversa, autônoma, que contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores. A licitude da transferência da execução de atividade à empresa prestadora de serviços pressupõe, pois, a contratação de atividade, devendo o foco da prestação dos serviços estar na empresa e nas tarefas por esta realizadas, e não nos trabalhadores.

Nesse sentido, o mero fornecimento de mão de obra, por resultar em fraude ao vínculo de emprego com o real empregador, e em violação ao valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV, da CRFB) e à vedação de mercantilização do trabalho (Declaração de Filadélfia da OIT, item 1, “a”), permanece vedado.

De outro lado, na forma do §1º do art. 4º da Lei, caso os trabalhadores sejam dirigidos, remunerados ou contratados pelo tomador de serviços, estará configurada a subordinação daqueles à empresa terceirizante, sua real empregadora. Assim é que o poder de direção deve ser exercido pela empresa contratada, prestadora dos serviços, pois caso presentes os requisitos da relação de emprego em relação ao tomador de serviços, principalmente se caracterizada a subordinação sob quaisquer de suas

espécies ou a personalidade na prestação dos serviços, desautorizada estará a terceirização, pelo descumprimento dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT.

Também a especialização dos serviços subcontratados resiste como limite explícito à caracterização da licitude da terceirização, o que se verifica da leitura conjunta do §1º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974: “É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços” e do art. 5º-B da mesma Lei, que prevê que o contrato de prestação de serviços deve conter a “especificação do serviço a ser prestado” (inciso III). Assim, a terceirização somente está autorizada relativamente ao objeto especificado no contrato com a empresa prestadora de serviços, a qual deve possuir conhecimento técnico e estrutura de apoio operacional com a utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato de forma autônoma. Não se admite, pois, a terceirização de atividades sem especificação, de prestação de serviços genéricos.

Verifica-se, ademais, da leitura dos artigos 4º-A e 5º-A, §1º, da Lei n. 6.019/1974, que a validade da prestação de serviços a terceiros pressupõe a efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviço e a execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço e sem utilização para finalidade distinta da prevista no contrato de trabalho. Extrai-se do dispositivo a necessidade de que a empresa contratada seja unidade distinta da contratante, passível de ser reconhecida por sua identidade formal e material específica, como pessoa jurídica dotada de organização e interesses próprios, desvinculados daqueles da empresa contratante. Esse traço também se vislumbra na necessidade de que a prestação de serviços ocorra por meio de pessoa jurídica em funcionamento (art. 4º-A e art. 4º-B, inc. I e II).

A prestação de serviços regulamentada pela Lei 6.019/1974 não veicula, portanto, a possibilidade de convênio ou consórcio empresarial, em que as empresas comungam de interesses comuns, o que configuraria grupo econômico ou consórcio empresarial, com a conseqüente responsabilização solidária entre as empresas pelas obrigações trabalhistas (art. 2º, §2º, da CLT). Desse modo, à empresa contratada, prestadora dos serviços, cabe o controle do processo de produção, sem interferência da contratante,

tomadora dos serviços, exigindo-se desta autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística; à tomadora de serviços, cabe, por sua vez, exclusivamente o controle finalístico do resultado útil do serviço.

Há ressaltar, ainda, que a nova legislação impõe, expressamente, como elemento caracterizador da prestação de serviços, e, portanto, limite à licitude da contratação de serviços terceirizados, a capacidade econômica da prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato (arts. 4º-A), o que se compatibiliza com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na tese da ADPF 324.

E essa exigência de capacidade econômica compatível com a execução do contrato não se confunde com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviços de que trata o art. 4º-B, inciso III, da Lei 6.019/1974, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados. Isso porque o capital social se caracteriza como o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica; o patrimônio líquido da empresa, de outro lado, representa o capital que pode ser contabilizado, que está disponível e que garante a satisfação dos compromissos empresariais perante os credores.

Nessa toada, e tendo em conta que o contrato de trabalho é de trato sucessivo, há destacar que a capacidade econômica da prestadora deve ser aferida pela contratante não somente em relação à observância do capital social mínimo no momento da contratação, cabendo a verificação da idoneidade e da capacidade econômica da contratada ao longo da execução do contrato, como requisito de funcionamento, a ser observado com vistas a assegurar o cumprimento de todos os compromissos decorrentes da atividade contratada. Exige-se, portanto, que o patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que inclui a satisfação de todas as obrigações decorrentes da execução da atividade.

E essa aferição da capacidade econômica para a execução do contrato depende, de início, do preço do serviço pactuado, o deve abranger a totalidade dos custos operacionais do contrato, em valores condizentes com a realidade, sendo necessária a repactuação do preço sempre que custos adicionais sobrevierem, por exemplo, em decorrência da celebração de novos

instrumentos negociais, em observância ao equilíbrio econômico contratual (SOUZA, 2017, p. 29).

Cabe, ademais, à empresa contratante verificar se aquela contratada não é sabidamente inidônea, pois devedora habitual e sistemática de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, o que, independentemente da pactuação de preço compatível, não será capaz de afastar o risco da inexecução contratual, dada a insolvabilidade econômica da empresa contratada (SOUZA, 2017, pp. 30-31).

No mais, a perda da capacidade econômica da empresa prestadora de serviço justifica a invalidade superveniente do contrato, o que deve ensejar postura responsável da empresa contratante, sob pena de configuração de intermediação ilícita de mão de obra pela transferência da execução da atividade a pessoa jurídica destituída de capacidade econômica.

Nesse sentido, visando preservar o adimplemento contratual, cabe à empresa contratante: a) exigir garantia da empresa contratada para a satisfação das obrigações contratuais, o que corresponde à recuperação da capacidade econômica, na forma do art. 477 do Código Civil; ou b) promover a resolução do contrato por inadimplemento, conforme previsto no art. 475 do Código Civil. A omissão pela empresa contratante resulta na caracterização do vínculo entre ela e os trabalhadores ante o dever obrigacional de fiscalização do correto cumprimento do contrato firmado e a caracterização de ilicitude ulterior na transferência da atividade terceirizada (SOUZA, 2017, pp. 31-32).

Há destacar, ainda, outros requisitos previstos na Lei n. 6.019/1974 para que a terceirização seja considerada regular, quais sejam, a formalização de contrato escrito, cujo conteúdo deve abranger os requisitos descritos no art. 5º-B da Lei; e a quarentena de dezoito meses para a recontração de trabalhadores por meio de contratos de prestação de serviços, sejam como sócios das contratadas, seja como empregados da prestadora de serviços (art. 5º-C).

Por fim, há destacar acórdão prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que bem ilustra a necessidade de aferição dos limites à validade da contratação de serviços terceirizados no cenário jurídico atual:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. JULGAMENTO ANTERIOR PELA TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA VERIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B DO CPC/1973 (ART. 1.041, *CAPUT*, §1º, DO CPC/2015). TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM A EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. PRESENTES OS REQUISITOS DOS ARTS. 2º E 3º DA CLT. SÚMULA 331, I, DO TST. 1. O Tribunal Regional concluiu pela ilicitude da terceirização de serviços, ao fundamento de que houve fraude na intermediação de mão-de-obra. Consignou que as atividades desenvolvidas pela Reclamante estão inseridas na atividade-fim da tomadora de serviços, bem como que restaram comprovados os elementos configuradores da relação de emprego. Nesse contexto, a Corte de origem manteve a sentença em que reconhecido o vínculo empregatício com a segunda Reclamada (TNL PCS S.A.), com amparo na Súmula 331, itens I e III, parte final, do TST. 2. Interposto agravo regimental pela segunda Reclamada, em face da decisão em que negado provimento ao agravo de instrumento, este Colegiado, nos termos do acórdão às fls. 722/728, negou-lhe provimento, sob o fundamento de que o acórdão do Tribunal Regional, no sentido de considerar ilícita a terceirização, encontrava-se em consonância com a Súmula 331, I, do TST. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e o Recurso Extraordinário 958.252, com repercussão geral e efeito vinculante, firmou entendimento no sentido de ser lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se estabelecendo relação de emprego entre o tomador de serviços e o empregado da empresa prestadora. 4. No caso concreto, todavia, ainda que se considere lícito o objeto da terceirização, o fato é que restou evidenciada a existência de onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação direta capaz de atrair o reconhecimento do vínculo de emprego direto com a tomadora, nos termos da Súmula 331, I, do TST. De se notar que o STF, ao reconhecer lícita a possibilidade de terceirização das atividades finalísticas ou das componentes do “core business” das empresas, não chancelou a fraude advinda da assunção pela empresa contratante do poder diretivo inerente à figura do empregador. Afinal, essa singular situação de fraude não foi considerada no julgamento proferido pela excelsa Corte, nem tampouco as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 impuseram a revogação dos artigos 2º, 3º e 9º, todos da CLT, nos quais, além de fixados os conceitos de empregador e

empregado, está assentada a nulidade absoluta de todos os atos que impeçam a vigência dos dispositivos da legislação social. Em síntese, a possibilidade de ampla terceirização, reconhecida pela Excelsa Corte e pelo legislador ordinário, não autoriza a fusão das figuras do contratante de serviços terceirizados e da própria empresa de prestação desses serviços. Desse modo, para se alcançar conclusão em sentido diverso, seria necessário revolver fatos e provas, o que não é possível ante o óbice de que trata a Súmula 126 deste TST. 5. Logo, deve ser mantida a decisão em que negado provimento ao agravo de instrumento da segunda Reclamada, sem efetuar o juízo de retratação de que trata o art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (art. 1.041, § 1º, do CPC/2015), determinando-se a devolução dos autos à Vice-Presidência desta Corte, para que prossiga no exame de admissibilidade do recurso extraordinário, como entender de direito (Ag-AIRR-1043-96.2012.5.03.0048, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 28-6-2019).

Verifica-se, portanto, que não há, seja anteriormente às decisões vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal referidas e à vigência da Lei 13.467/2017, seja no cenário jurídico atual, autorização para a terceirização de forma ampla, sem qualquer limitação. Impõe-se, contudo, no contexto atual, maior esforço argumentativo por parte do intérprete e aplicador do Direito a fim de verificar, tópica e casuisticamente, o extrapolamento dos limites jurídicos à terceirização dos serviços, para além da dicotomia entre atividade-meio e atividade-fim, o que, afinal, confere legitimidade à prestação jurisdicional e se conforma com o dever de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988.

162

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958252, com repercussão geral reconhecida, bem como da alteração normativa verificada após o início da vigência da Lei n. 13.467/2017, conclui-se que não há na ordem jurídica autorização ampla e irrestrita para a terceirização de serviços. Ao revés, verificam-se diversos limites à validade da contratação da prestação de serviços, previstos na Declaração da Filadélfia da OIT, na Constituição de 1988, na Consolidação das Leis Trabalhistas e na própria Lei n. 6.019/1974, os quais devem ser observados, sob pena de caracterização de fraude.

Cabe ao intérprete e ao aplicador do Direito ultrapassar a análise do critério amplamente adotado ao longo dos últimos anos pela jurisprudência trabalhista para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, qual seja, se a atividade transferida é considerada meio ou fim à realização empresarial da tomadora dos serviços, consagrado na Súmula n. 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho, e adentrar as circunstâncias do caso concreto, verificando topicamente se os limites jurídicos de validade da contratação da prestação de serviços foram ultrapassados.

Nessa perspectiva, resistem como fatores limitativos à validade da contratação de serviços terceirizados: a) a caracterização da mera intermediação de mão de obra, de modo que a terceirização deve estar focada para a empresa contratada e as tarefas realizadas por essa, e não os trabalhadores; b) a presença, no caso concreto, dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação trabalhista (artigos 2º e 3º da CLT) na contratação da terceirização de serviços entre o trabalhador e o tomador desses serviços, em especial a caracterização de quaisquer das espécies de subordinação jurídica, ou a pessoalidade na prestação dos serviços; c) a especialização dos serviços subcontratados, não se admitindo a terceirização de atividades sem especificação, de prestação de serviços genéricos; d) a execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, como pessoa jurídica dotada de organização e interesses próprios, desvinculados daqueles da empresa contratante; e) a capacidade econômica da empresa contratada compatível com a execução do contrato, o que não se confunde com o requisito formal para funcionamento da empresa de prestação de serviços de que trata o art. 4º-B, inciso III, da Lei 6.019/1974, relativo ao capital social proporcional ao número de empregados, capacidade essa que deve ser aferida pela contratante durante toda a execução do contrato; f) a formalização de contrato escrito, cujo conteúdo deve abranger os requisitos descritos no art. 5º-B da Lei; e g) a quarentena de dezoito meses para a recontração de trabalhadores por meio de contratos de prestação de serviços, sejam como sócios das contratadas, seja como empregados da prestadora de serviços (art. 5º-C da Lei n. 6.019/1974).

O maior esforço argumentativo do intérprete e aplicador do Direito certamente será compensado pela legitimidade conferida à prestação jurisdicional decorrente.

REFERÊNCIAS

- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. 2000. Disponível em: <<https://rodrigocarelli.org/2017/02/06/terceirizacao-como-intermediacao-de-mao-de-obra/>, 2000>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- _____. A Terceirização no Século XXI. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n. 4, out./dez. 2013, pp. 232-244.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: REIS, Daniela Murads; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coords.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado**. São Paulo, LTr, 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização no Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO. **Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho**. Orientações 16, 17, 18, 19 e 20. Data de aprovação: 21-11-2017.
- MIZIARA, Raphael. **Moderno Dicionário de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.
- MIZIARA, Raphael; PINHEIRO, Juri. **A regulamentação da terceirização e o novo regime do trabalho temporário: comentários analíticos à Lei n. 6.019/74**. São Paulo: LTr, 2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição OIT e Declaração de Filadélfia**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.
- _____. **Recomendación n. 198, de 2006, sobre la relación de trajajo**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/brasil/conheca-a-oit/WCMS_242958/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A Subordinação no Contrato de Trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. Terceirização: Fundamentos Filosóficos, Sociológicos, Políticos, Econômicos e Jurídicos da Jurisprudência do TST (Súmula n. 331). **Revista TST**, Brasília, v. 80, n. 3, jul./set. 2014, p. 150-170.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista TST**, Brasília, v. 70, n. 1, jan./jun. 2004, p. 119-129.
- SOUZA, Geraldo Emediato de [*et al.*]. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília: Gráfica Movimento, 2017.

VIEIRA, Paulo Joarês; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O que afinal decidiu o STF sobre a terceirização?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-afinal-o-stf-decidiu-sobre-a-terceirizacao-17092018>>. Acesso em: 15 maio 2019.